

DIE RECHTLICHEN MÖGLICHKEITEN DER
EINFLUSSNAHME AUF DEN VORSTAND DER
AKTIENGESELLSCHAFT UNTER BESONDERER
BERÜCKSICHTIGUNG DES MITGLIED-
SCHAFTLICHEN BETEILIGUNGSRECHTS

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

CLAUS MEULENBERGH

aus Berlin

1970

DIE RECHTLICHEN MÖGLICHKEITEN DER
EINFLUSSNAHME AUF DEN VORSTAND DER
AKTIENGESELLSCHAFT UNTER BESONDERER
BERÜCKSICHTIGUNG DES MITGLIED-
SCHAFTLICHEN BETEILIGUNGSRECHTS

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster



vorgelegt von
CLAUS MEULENBERGH
aus Berlin

1970

Erster Berichterstatter : Professor Dr. Harry Westermann

Zweiter Berichterstatter : Professor Dr. Werner Knopp

Dekan : Professor Dr. Walter Stree

Tag der mündlichen Prüfung : 1. Dezember 1969



INHALTS ÜBERSICHT

	Seite :
Problemstellung	1
Begriffliche Klärung	4
<u>I. Leitungsmacht verleihende Unterordnung</u>	7
1. Leitungsmacht, gesetzgeberische Neuschöpfung ?	7
2. Entwicklung der Unternehmen in der Form der juristischen Person	9
3. Beherrschungsvertrag	26
a) Unternehmensbegriff	26
b) Vertrag mit Nichtunternehmen ?	42
c) Abschlussvoraussetzungen	44
d) Schutz der Gläubiger	47
e) Schutz der aussenstehenden Aktionäre	52
aa Ausgleich	54
aaa Herrschendes Unternehmen ist keine A.G.	55
bbb Herrschendes Unternehmen A.G. oder KGaA	56
bb Abfindung	57
aaa A.G. oder KGaA als herrschendes Unternehmen	58
bbb Herrschendes Unternehmen keine A.G. oder KGaA	58
cc Verstoß gegen die Schutzbestimmungen zu Gunsten der aussenstehenden Aktionäre	59
f) Umfang der Leitungsgewalt	59
g) Zusammenfassung	67
4. Eingliederung	70
a) Voraussetzungen der Eingliederung	70
b) Gläubigerschutz	72
c) Interessenwahrung der übrigen Aktionäre	74
e) Umfang der Leitungsmacht	77
5. Beherrschungsvertrag und Eingliederung als intensivste Formen der Einflussnahme	78

II. Mitgliedschaftsrecht als Möglichkeit der Einflussnahme

1. § 311 als Auffangvorschrift	79
2. Die herrschende Meinung zur Bedeutung der Mehrheitsbeteiligung	81
3. Inhalt der aktienrechtlichen Beteiligung	83
4. Die HV als Forum der Geltendmachung des aktienrechtlichen Mitwirkungsrechts	84
a) Das Recht zur AR-Wahl	88
b) Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinns	90
aa Bindung der HV an den Jahresabschluss	91
bb Zuständigkeit der HV zur Festsetzung des Jahresabschlusses	96
c) Anweisung der HV an den Vorstand zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen	98
d) Bestellung der Abschlussprüfer	99
e) Satzungsänderungen	99
f) Zuständigkeit für Massnahmen der Kapitalbeschaffung und -herabsetzung	101
g) Bestellung der Sonderprüfer	104
h) Diverse Zuständigkeiten	105
i) Zustimmung zu Unternehmensverträgen	105
aa Durch die HV der abhängig werdenden A.G.	105
bb Durch die HV der anderen A.G.	108
j) Die Vorbereitungspflicht des Vorstandes gem. § 83	111
k) Das Zustimmungserfordernis bei der Eingliederung	114
l) Die Wirkung der Entlastungsweigerung und des Vertrauensentzugs durch die HV auf die Stellung der AR- und Vorstandsmitglieder	118
aa Nichtentlastung des AR als Abberufungsgrund	120
bb Die Nichtentlastung des Vorstandes als Abberufungsgrund (Misstrauensvotum der HV)	122
m) Die Bedeutung eines " gesetzmassigen Beschlusses " der HV	137

n) Das Verhältnis des Vorstands zu den übrigen Organen	140
aa Die Stellung zur HV	140
bb Die treuhänderische Stellung des Vorstandes	144
cc Ausnahmsweise Durchbrechung der Alleingeschäftsführung des Vorstandes	148
o) Zusammenfassung	149
5. Die Stellung des Vorstandes gegenüber dem AR	150
a) Das Recht zur Bestellung des Vorstandes	150
b) Die Überwachung des Vorstandes durch den AR	157
c) Das Beanstandungsrecht des AR	158
d) Der Mehrheits- und Alleinaktionär	163
6. Der Abhängigkeitsbegriff des § 17 Abs. II	169
7. Der Grund für die Zahlung von Paket--zuschlägen	178
 III. <u>Vertragliche Einflussnahmemöglichkeiten ohne Leitungsmacht</u>	182
1. Inhalt eines Unternehmenspachtvertrages	183
2. Das Auftragsverhältnis als hinzutretendes Element	184
3. Die Grenzen der Einflussmöglichkeit im Pacht-Auftrag	187
4. Die Eigenwarnfunktion des Abhängigkeitsberichts	187
5. Die Verantwortlichkeit der Beteiligten	189
a) Haftung des Pächters	189
b) Haftung des Vorstandes der Verpächterin	191
6. Zusammenfassung	192

IV. <u>Einflussnahmemöglichkeiten aufgrund tatsächlicher Verhältnisse</u>	193
1. Die Abhängigkeit aufgrund eines Kredit-Verhältnisses	193
a) Die Nichtanwendbarkeit des § 311 trotz gegebener Abhängigkeit	195
b) Die Verantwortlichkeit des Vorstandes der "tatsächlich" abhängigen A.G.	199
c) Die Grenze der Einflussnahmebefugnis des Kreditgebers	200
d) Ein Nichtunternehmen als Kreditgeber	202
2. Lizenzverhältnis als Abhängigkeit begründender Umstand	203
3. Zulieferungsmonopol als Abhängigkeit begründender Umstand	204
4. Zusammenfassung	205
V. <u>Der Gleichordnungskonzern</u>	206
1. Die Vorstandsgemeinschaft	207
2. Die Leitungs-GmbH	211

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
abgedr.	abgedruckt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band Nr., Seitenzahl)
A.G.	Aktiengesellschaft
A.G.en	Aktiengesellschaften
AktG	Aktiengesetz
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
AR	Aufsichtsrat
Art.	Artikel
BB	Betriebsberater (Jahrgang, Seitenzahl)
Begr.	Begründung
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
bezügl.	bezüglich
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen
BlfGenWesen	Blätter für Genossenschaftswesen
BT-Druck- sache	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Jahrgang, Seitenzahl)
d.h.	das heißt
"Die A.G."	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Jahrgang, Seitenzahl)
Diss.	Dissertation
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EheG	Ehegesetz
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
entspr.	entsprechend
ESTG	Einkommensteuergesetz
eG	eingetragene Genossenschaft

f., ff	folgende
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
HL	herrschende Lehre
HR	Handelsregister
HV	Hauptversammlung
IG	Interessengemeinschaft
isi	im Sinne
iVm	In Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seitenzahl)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahrgang, Seitenzahl)
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KG	Kommanditgesellschaft
KstG	Körperschaftsteuer
letzt.	letzter
maW	mit anderen Worten
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang , Seitenzahl)
Nr.	Nummer
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
PROVG	Preussisches Oberverwaltungsgericht
RegE	Regierungsentwurf

RFH	Reichsfinanzhof
RG	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band Nr., Seitenzahl)
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rspr	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Satz
Slg	Sammlung
sog.	sogenannte(r)
StanpG	Steueranpassungsgesetz
Sten.Ber.	Stenographische Berichte
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
UStG	Umsatzsteuergesetz
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VoraufI.	Vorauslage
Vorbem.	Vorbemerkung
WP	Die Wirtschaftsprüfung (Jahrgang, Seitenzahl)
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Jahrgang, Seitenzahl)
ZPO	Zivilprozeßordnung
zit.	zitiert

Paragrafen ohne Gesetzesangabe sind solche des AktG 1965

LITERATURVERZEICHNIS

- Ballerstedt "Zur großen Aktienrechtsreform"
Referate und Diskussionen einer
Fachtagung der Friedrich-Ebert-
Stiftung, Hannover 1962;
- Bärmann "Die Willensbildung in den euro-
päischen Aktienrechten",
Karlsruhe 1964;
- Baumbach - Duden "Handelsgesetzbuch", 16. Aufl.
München - Berlin 1964;
- Baumbach - Hueck "Aktiengesetz", 11. Aufl.
München - Berlin 1965;
"Aktiengesetz", 13. Auf.
Berlin - München 1968;
- Bolsenkötter "Zum aktienrechtlichen Begriff
des Unternehmers" in "Die Betriebs-
wirtschaft" 1967, 1098 ff;
- Boesebeck "Das Stimmrecht bei wechselseitiger
Beteiligung zweier Aktiengesellschaften"
in DB 1955, 401 ff;
- Bösselmann "Die Entwicklung des deutschen Aktien-
wesens im 19. Jahrh." Ein Beitrag zur
Frage der Finanzierung gemeinwirtschaft-
licher Unternehmen und zu den Reformen
des Aktienrechts", Berlin 1939;
- Brauksiepe "Zum Unternehmensbegriff des neuen
Aktienrechts" in BB 1967, 869 ff;
- Brodmann "Aktienrecht", Leipzig 1928;
- Bühler "Das Steuerrecht der Gesellschaften
und der Konzerne", 3. Aufl. Berlin -
Frankfurt/Main 1956;
- Caflisch "Die Bedeutung und Grenzen der recht-
lichen Selbständigkeit der abhängigen
Gesellschaft im Recht der AG" (Diss)
Winterthur 1961;

- Duden "Abberufung eines Vorstandsmitglieds durch den Aufsichtsrat wegen Vertrauensentzugs durch die Aktionäre?" in BB 1961, 225 ff;
- Eßer "Gliederungsvorschriften, Bewertung, Gewinnverwendung und Pflichtaufgaben nach dem AktG 1965" in "Die AG" 1965, 315 ff;
- von Falkenhausen "Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheits-herrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH)", Karlsruhe 1967;
- Filbinger "Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktien- und Konzernrecht", Freiburg 1942;
- Fischer, C.E. "Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht". Rechtspolitische Betrachtungen zu einer Reform des Aktiengesetzes in AcP 154, 85 ff;
 "Die Reform des Aktiengesetzes". Grundsätzliche Gesichtspunkte und einige Vorschläge für die Neufassung in AcP 1954, 184 ff;
- Fischer, R. "Das Aktienrecht", Leipzig 1916;
- Franta "Die Verfassung der AG nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes" in DB 1958, 1353 ff;
- Friedländer "Konzernrecht", 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1954;
- Gadow - Heinichen - Eb. Schmidt "Aktiengesetz", Berlin 1961;
- Geiler "Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts", Heft 6 der gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen - hrsg. von Arthur Nußbaum;
- Geßler "Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktienrecht" in JW 1937, 497 ff;
 "Vollendete oder nur begonnene Aktienrechtsreform?" in "Die AG" 1965, 343 ff;
 "Probleme des neuen Konzernrechts" in DB 1965, 1691 ff;
 Besprechung zu Wiethölter "Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht" in BB 1961, 1135;

- v. Godin - Wilhelmi "Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien", Berlin 1966;
- v. Gierke, J. "Handels- und Schifffahrtsrecht", 8. Aufl., Berlin 1958;
- v. Gierke, O. "Das Deutsche Genossenschaftsrecht", 4 Bände, unveränderter photomechanischer Nachdruck der 1. Ausgabe 1954;
- Großfeld "Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär", Tübingen 1968;
- Hanseemann "Die Eisenbahn und deren Aktionäre in deren Verhältnis zum Staat", Halle 1837;
- Havermann "Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem AktG 1965" in "Die Wirtschaftsprüfung" 1966, 30 ff⁺⁾ ; dasselbe in Sonderdruck der Zeitschrift "Die Wirtschaftsprüfung" 1966, 18 ff;
- Haussmann "Die Tochtergesellschaft", Berlin 1923;
- Hefermehl "Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften" in DB 1955, 304 ff;
- Hueck "Gesellschaftsrecht", München - Berlin 1965, 13. Aufl.;
- "Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften und die Rechtsprechung des Reichsgerichts" in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. IV, Berlin - Leipzig 1929;
- Jagenburg "Aktienrecht als Organisationsrecht" in "Die AG" 1965, 156 ff;
- Janberg "Das Auskunftsrecht des Aktionärs ausserhalb der Hauptversammlung" in "Die AG" 1965, 191 ff;
- Klausing "Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst Einführungsgesetz und amtlicher Begründung", Berlin 1937;
- - - -
- +) Zit. Beiträge

- Kropff "Aktiengesetz" (Textausgabe des AktG 1965 und des EGAktG 1965 mit Begründung des RegE, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Verweisungen und Sachverzeichnis), Düsseldorf 1965;
"Das Konzernrecht des Aktiengesetzes" in BB 1965, 1281 ff;
- Larenz "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960;
- Lehmann "Das Recht der Aktiengesellschaften" Bd. I 1898; Bd. II 1904 Berlin;
- Leo "Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht" in "Die AG" 1965, 352 ff;
- Lenel "Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse", Tübingen 1968;
- Mestmäcker "Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre", Karlsruhe 1958;
- Möhring "Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktienrecht" in NJW 1967, 1 ff;
- Möhring - Schwartz - Rowedder - Haberlandt "Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung", Berlin 1966;
- Müller - Erzbach "Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens", Weimar 1948;
- Müller - Rieker "Der Unternehmensbegriff des Aktiengesetzes 1965" in "Die AG" 1967, 197 ff;
- Netter "Zur aktienrechtlichen Theorie des Unternehmens an sich" in Festschrift für Pinner 1932, 507 ff;
- Obermüller-Werner-Winden "Aktiengesetz 1965", Stuttgart 1965;

- Palandt "Bürgerliches Gesetzbuch", 28. Aufl.
Berlin-München 1967;
- Paulick "Das Recht der eingetragenen Genossen-
schaft", Karlsruhe 1956;
- Planitz "Die Stimmrechtsaktie", Ein Beitrag
zur Reform des Aktienrechts, Leipzig
1922;
- Raisch "Zu den grundsätzlichen Aufgaben der
Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen
AktG", in JZ 1966, 554 ff;
- Rasch "Deutsches Konzernrecht", 3. Aufl.
Köln, Berlin, München, Bonn 1966
- Reinhardt "Aktienrecht in einer freiheitlichen
Wirtschaftsordnung" - Referate, Vorträge
und Diskussionen der 9. Arbeitstagung
der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirt-
schaft, 1958;
- Ring-Schachian "Die Praxis der Aktiengesellschaft",
Berlin 1929;
- Ritter "Aktiengesetz", Berlin-München 1939;
- Schäfer "Wann ist der Großaktionär Unternehmer?"
in NJW 1967, 1741 ff;
- Schieke "Der Unternehmensbegriff in der gesetz-
lichen Unfallversicherung bei juristischen
Personen", in NJW 1961;
- Schilling "Großkommentar zum Aktiengesetz",
2. Aufl., Berlin 1965 Bd. II
- Schlegelberger-
Quassowski-Herbig-
Geßler-Hefermehl "Aktiengesetz", 3. Aufl. Berlin 1939;
(Zit. Schlegelberger-Quassowski)
- Schmidt "Die Verfassung der Aktiengesellschaft",
Beiträge zur Aktienrechtsreform, hrsg.
von Hengeler 1959, 42 ff;

- Schmidt - Meyer - Landrut "Aktiengesetz", siehe Gadow - Heinichen;
- Semler "Die Aktionäre in der Hauptversammlung", Vortrag, gehalten am 29. 5. 1962 vor Freunden des Bankhauses Wilhelm Rée - Hamburg - als Manuskript gedruckt;
- Staub - Pinner - Bondi - Gadow - Heinichen "HGB", §§ 178 - 342, 14. Aufl., Berlin - Leipzig 1933 (Zit. Staub - Pinner);
- Stützel Aktienrechtsreform und Konzentration in "Die Konzentration in der Wirtschaft" Bd. 2 S. 907 ff., Berlin 1960;
- Steinitzer "Ökonomische Theorie der Aktiengesellschaften", Leipzig 1908;
- Straßberger "Der Beherrschungsvertrag in der Aktienrechtsreform", (Diss.), München 1965;
- Teichmann - Köhler "Aktiengesetz", 3. Aufl., Heidelberg 1950;
- Werth "Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft", 1960;
- Westermann "Die Rechtsnatur der Warenrückvergütung" 1961, 18 ff;
 "Eine Freundesgabe der Wissenschaft für Ernst Hellmut Vits zur Vollendung seines 60. Lebensjahres am 19. September 1963", Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main;
- Wiethölter "Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht", Karlsruhe 1961 (Zit. Wiethölter);
 "Publizitätsinteressen der Anteilseigner", in "Das Frankfurter Publizitätsgespräch", Vorträge und Diskussionen der gleichnamigen Tagung in Königstein am 13. und 14. IV. 1962, Frankfurt/Main 1962, S. 33 ff. (Zit. Publizitätsgespräche);

Wilhelmi

"Das neue Aktiengesetz", in "Die A.G."
1965, 153 ff., 187 ff., 247 ff., 277 ff.,
307 ff., 349 ff.;

Würdinger

"Aktien- und Konzernrecht", Eine
systematische Darstellung, Karlsruhe
1966;

Problemstellung

Die Frage, ob und wie weit auf die Organe juristischer Personen des Handelsrechts Einfluss ausgeübt werden kann, muss in einer Zeit der zunehmenden Konzentration wirtschaftlicher Macht von hervorragender Bedeutung sein.

Wenn hier von Konzentration gesprochen ist, so ist das nicht - wie vielfach im juristischen Sprachgebrauch - in dem Sinn zu verstehen, dass ein Unternehmen in einem anderen unter Aufgabe seiner Rechtspersönlichkeit aufgeht, dass also rechtlich gesehen eine Fusion vorliegt. Aus der Themenwahl folgt bereits, dass die Fusion als höchste Steigerungsstufe des aufgezeigten Vorgangs beiseite gelassen wird; denn Gegenstand der Untersuchung ist die rechtlich selbständige A.G. Die Arbeit wird sich vielmehr mit den Erscheinungsformen der Machtkonzentration befassen, welche die juristische Selbständigkeit der mitregierten Unternehmen bestehen lassen. Das Interesse am Bestehenlassen einer Unabhängigkeit nach aussen hin kann viele Gründe haben - das Bestreben, einen eingeführten Markennamen unverändert bestehen zu lassen, mag nur als Beispiel dienen ¹⁾.

Es sollen aber auch solche Zusammenschlüsse untersucht werden, die freiwillig zwischen bis zu diesem Zeitpunkt voneinander unabhängigen Unternehmen geschlossen werden. Der Grund zu solchem gemeinschaftlichen Vorgehen wird häufig in der Erkenntnis liegen, dass das einzelne Unternehmen - auf sich allein

- - - - -

1) BGH 15, 389; 22, 234

gestellt - nicht mehr den Anforderungen eines immer schärfere Formen entwickelnden Wettbewerbs gewachsen ist.

Mit seiner eingehenden Regelung des Beherrschungsvertrages (§§ 308 ff) und der Institution der Eingliederung (§§ 319 ff) - jeweils, zumindest in redaktioneller Hinsicht, Neuschöpfungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts - legt das AktG 1965 die Vermutung nahe, es handele sich hier um eine abschliessende Regelung der möglichen Einflussnahme auf die Geschäftsführung der A.G. Andererseits ist der Vorschrift des § 311, der die Schranken des Einflusses bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages oder einer Eingliederung regelt, zu entnehmen, dass der Gesetzgeber vom Vorhandensein von Einflussnahmemöglichkeiten ausgegangen ist, die nicht unter die genannten Tatbestände der §§ 308 ff und 319 ff fallen. Es handelt sich hier um Einflussnahmen, die gemeinhin mit " Faktischer Konzern " umschrieben werden ²⁾.

Voraussetzungen, Umfang sowie Grenzen von ersteren kritisch darzulegen und die Bedingungen aufzuzeigen, unter denen trotz Fehlens von Beherrschungsvertrag oder Eingliederung Einfluss ausgeübt werden kann, stellt sich diese Arbeit zur Aufgabe.

Eine Klärung dieser Fragen erscheint insofern bedeutsam, als sie unmittelbaren Einfluss auf das Konzernwesen haben; denn gem. § 18 setzt ein Konzern die Zusammenfassung unter einer einheitlichen Leitung voraus. Hierbei wird der

2) Reg.E.Begr. Kropff S. 407

Kernpunkt der Untersuchung eine detaillierte Klärung der Kompetenzen sein, die nach geltendem Recht die Mehrheitsbeteiligung an einer A.G. verleiht.

Wenn es einerseits möglich ist, dass die §§ 291 ff eine abschliessende Regelung der möglichen Einflussnahme auf A.Gen. darstellt, so könnte man darüber hinaus sogar der Ansicht sein, in den neuen Vorschriften seien gesetzgeberische Entscheidungen zu sehen, die auch auf andere Gesellschaftsformen anwendbar sind. Man könnte diese Meinung u.a. damit begründen, dass die Rechtsfragen der Unternehmensverbindungen systematisch in einen "allgemeinen Teil" des Gesellschaftsrechts gehören und davon ausgehen, das gesamte 3. Buch des AktG. 1965 bilde eine Vorwegnahme der Kodifikation eines solchen allgemeinen Teils ³⁾.

Bei der derzeitigen - ausschliesslich aktienrechtlichen - Regelung dieses Problemkreises muss jedoch die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der genannten Vorschriften auf andere Gesellschaftsformen abgelehnt werden, weil es sich beim Aktienrecht um eine Sonderkodifikation des Handelsrechts handelt, die aus dem Verband des HGB ausgliedert und verselbstständigt ist. ⁴⁾ Zwar sind nach hM hilfsweise die allgemeinen Bestimmungen des BGB anwendbar ⁵⁾. Die direkte Anwendbarkeit aktienrechtlicher Bestimmungen auf andere Gesellschaftsformen

3) vgl. Kropff in BB 1965-1281, der dies allerdings als eine "reizvolle" Aufgabe erwähnt. Dagegen Straßberger S. 70.

4) Schlegelberger-Quassowski § 1 Anm. 10

5) Schlegelberger-Quassowski § 1 Anm. 3

verbietet sich aber, wie auch aus § 32 EGAktG. folgt. Ob eine entsprechende Anwendung Platz greifen kann, müsste anhand der üblichen Mittel der ausfüllenden Rechtsanwendung - hier der Analogie - festgestellt werden.

Die Arbeit macht es sich nicht zur Aufgabe, diese Fragen einer Klärung näher zu bringen. Es ist ihr vielmehr ausschliesslich darum zu tun, die Einflussformen darzulegen, denen eine A.G. nach dem Gesetz von 1965 ausgesetzt sein kann. Wenn am Ende der jeweiligen Kapitel in kurzen Zusammenfassungen versucht wird, allgemeine gesetzgeberische Gestaltungsprinzipien herauszustellen, so mag das eine " unbeabsichtigte " Lösungshilfe bei der Klärung der Fragen der analogen Anwendbarkeit der betreffenden Normen auf andere Gesellschaftsformen sein.

Begriffliche Klärung

Es soll klargestellt werden, dass der Begriff Einflussnahme einer einschränkenden Abgrenzung bedarf. So darf nicht übersehen werden, dass auch in einer liberalen Wirtschaftsordnung der Einfluss des Staates auf den Ablauf des privaten Wirtschaftslebens beträchtliche Ausmasse annimmt. Es soll in diesem Zusammenhang nur auf die Einflussnahmemittel der Wirtschaft- und Finanzverwaltung beispielhaft hingewiesen werden. Auf die Untersuchung dieser Einwirkungstatbestände soll im Rahmen einer privatrechtlichen Untersuchung verzichtet werden.

Eine Differenzierung in der Darstellung bietet sich an, wenn man die Einflussnahmemöglichkeiten auf eine Gesellschaft ihrer Ursache nach ansieht : hier liesse sich eine Zweiteilung derart vornehmen, dass man die rechtlichen von

den tatsächlichen Ursachen scheidet. Zu der ersten Kategorie würde man dann solche Einwirkungsmöglichkeiten zu zählen haben, die aufgrund einer Rechtsmacht erfolgen. Zu ihnen gehörten dann vertragliche Abmachungen einer Gesellschaft mit einem anderen Rechtsträger, welche diesem in der Geschäftsführung gewisse Rechte einräumen. - Zweifelhaft in ihrem Wert wird diese Unterscheidung bereits dann, wenn man die Mitgliedschaftsrechte (nichtvermögensrechtlicher Art) eines Aktionärs einordnen will : zwar beruhen diese auf gesetzlichen Vorschriften - z.B. § 131 (Auskunftsrecht des Aktionärs) -, sofern sie aber eine Grundlage zur Beeinflussung der Geschäftsführung abgeben könnten, würde es sich um tatsächliche Grundlagen handeln, wie noch darzulegen sein wird. Es ist daher angezeigt, die mitgliedschaftlichen Einflussmöglichkeiten getrennt zu behandeln.

Zur faktischen Macht im eigentlichen Sinn würde man alle Umstände zählen, die es einem Rechtsträger gestatten, aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten das Verhalten der Gesellschaft mitzubestimmen. Dabei können diese tatsächlichen Gegebenheiten ihrerseits ihren Grund durchaus in rechtlichen Verhältnissen haben - z.B. in einem langfristigen Liefervertrag, der infolge einer im Zeitpunkt des Abschlusses noch nicht vorhersehbaren wirtschaftlichen Entwicklung für eine A.G. ungünstig geworden ist und der nunmehr von dem Vertragspartner als Druckmittel zur Einwirkung in innere Angelegenheiten der Gesellschaft benutzt wird.

Schliesslich gilt es herauszustellen, dass nach der vorliegenden Darstellung allein das Geschäftsführungsorgan einer A.G. - also der Vorstand - als Adressat richtungsbestimmender

Einflüsse angesehen wird; denn wenn man die Einflüsse untersucht, die das Verhalten einer Gesellschaft zu ihrer Umwelt betreffen, so entspricht es nur der gesetzlichen Systematik, wenn man die Geschäftsführungsorgane als allein zur Vertretung - also zum Handeln für die Gesellschaft gegenüber Dritten - berechtigt ansieht (vgl. §§ 76 ff, 28 ff GenG). Zum anderen entspricht es aber auch einem Bestreben nach Rechtsverdeutlichung, wenn man herausstellt, dass eine noch so abhängige Gesellschaft zum Tätigwerden im Rechtsverkehr ihrer eigenen Organe bedarf - sei es nun, dass das dafür bestimmte Organ einen eigenen Willen äussert oder nur einen fremden "umsetzt" ⁶⁾.

Unter dem Zweck der Einflussnahme werden die Motive verstanden, die einen zur Einflussausübung Fähigen zu einem bestimmten beeinflussenden Verhalten bewegen. Dabei soll zwischen eigennützigen und uneigennützigen - d.h. dann das Objekt der Einflussnahme begünstigenden - Interventionen unterschieden werden, wobei immer darauf abgestellt wird, ob eine Einflussnahme der betreffenden A.G. schadet, ihr nützt, oder ob sie insoweit neutral ist.

Der Gang der Untersuchung wird von dem neu ins Gesetz eingeführten Institut der Leitungsmacht ausgehen, sodann die Mitgliedschaftsrechte als mögliche Grundlage der Einflussnahme gesondert behandeln und alsdann im sog. Pacht-Auftragverhältnis einen exemplarischen Fall der vertraglichen Einflussnahme darstellen.

Hiervon gesondert wird eine Art des Abhängigkeitsverhältnisses geschildert, die nicht für die Form

6) vgl. RG 3, 129 ff

der Aktiengesellschaft typisch ist und ihren Grund im rein tatsächlichen hat.

Das letzte Kapitel über den Gleichordnungskonzern soll in Umrissen die Rechtsverhältnisse und Erscheinungsformen dieses auf der Grundlage der Freiwilligkeit basierenden Zusammenschlusses darlegen.

- I. Leitungsmacht verleihende Unterordnung Die stärkste Möglichkeit der Einflussnahme bildet - wie sich schon aus der sprachlichen Formulierung ergibt - die Leitungsmacht ⁷⁾. Sie bedeutet die rechtliche Anerkennung der Verbindlichkeit von Einflussnahmen durch ein herrschendes Unternehmen an den Vorstand einer abhängigen A.G. ohne Rücksicht auf die Belange der Angewiesenen ⁸⁾.
1. Leitungsmacht gesetzgeberische Neuschöpfung? Fraglich ist, ob dieses Weisungsrecht eine originäre gesetzgeberische Neuschöpfung ist - die Bestätigung einer zwar rechtens vorhandenen, jedoch im Gesetz nicht so deutlich zum Ausdruck gekommenen Leitungsmöglichkeit - oder ob in ihr deklaratorisch die Sanktionierung eines vor Inkrafttreten des AktG 1965 ausserhalb des Rechts, aber nicht gegen das Recht, geübten Verhaltens zu sehen ist.

Die Beantwortung dieser Frage wird u.a. entscheidend für die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit der neuen Regeln auf ähnlich gelagerte Fälle bei anderen Gesellschaftsformen sein ⁹⁾. Würde man zu dem Ergebnis kommen, dass vom Gesetzgeber ausnahmsweise bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des § 308 eine Leitungsmacht eingeräumt werde, so könnte man entsprechend der

7) vgl. Überschrift zu § 308

8) vgl. Obermüller - Werner - Winden S. 196

9) Auf die Möglichkeit der analogen Anwendung weist Goerdeler in "Beiträge" S. 100 hin

Regel, dass die analoge Anwendung einer Ausnahmevorschrift nur dort in Betracht kommen kann, wo mit einem solchen Verfahren der Ausnahmecharakter der Norm nicht gefährdet würde ¹⁰⁾, zu dem Ergebnis kommen, dass eine entsprechende Anwendungsmöglichkeit auf ähnlich gelagerte Tatbestände bei anderen Gesellschaftsformen nicht in Betracht gezogen werden kann. Dies insbesondere dann, wenn in den §§ 308 ff spezifisch auf das Aktienrecht zugeschnittene Regeln zu sehen wären.

Für die erste Ansicht spricht die RegE.Begr. ¹¹⁾, die vom "Einräumen" einer Leitungsmacht und nicht etwa von deren "Anerkennung" oder "Belassen" spricht. Auf der anderen Seite kann dieses "Einräumen" auf den blossen Tatbestand eines Beherrschungsvertrages abheben, also den Sinn haben, dass - rein zeitlich - vor dem Abschluss eines solchen Vertrages eine derartige Leitungsmacht nicht besteht. Dann geht aber auch die RegE.Begr. ¹²⁾ von der Voraussetzung aus, dass das Institut der Organschaftsverträge "immer noch in der Rechtslehre umstritten sei ...". Hieraus kann der Schluss gezogen werden, bis zum Inkrafttreten des AktG. 1965 sei beim Abschluss von Unternehmensverträgen gegen das Gesetz verstossen worden.

Hiergegen spricht der beachtliche Einwand, es sei unwahrscheinlich, dass erst seit 1965 erlaubt sein sollte, was seit einem Jahrhundert Konzernpraxis tatsächlich geübt werde; dies insbesondere,

10) Palandt Vorbem. V, 3 a vor § 1

11) Kropff S. 403

12) Kropff S. 377

wenn man an die Organschaftsverhältnisse denkt. Man wird daher der Ansicht zuneigen müssen, dass die Regelungen des 3. Buches des AktG. 1965 rechtlich kein materielles Novum darstellen.

2. Entwicklung
der Unter-
nehmen in der
Form juristi-
scher Personen

Die Frage danach, ob es möglich ist, Leitungsbe-
fugnisse aus einer Gesellschaft herauszuver-
lagern - sie also den dafür nach Gesetz und Sat-
zung zuständigen Organen zu entziehen, lenkt so-
fort auf das Phänomen des Konzerns. Ein solcher
liegt nämlich gem. § 18 Abs. I dann vor, wenn
ein herrschendes und ein abhängiges Unternehmen
unter der einheitlichen Leitung des herrschenden
Unternehmens zusammengefasst sind. Unter Herr-
schaftsverhältnis wird dabei verstanden, dass
das eine Unternehmen auf das andere unmittelbar
oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss aus-
üben kann (§ 17 Abs. I). Dabei wird - wie sich
aus der Gegenüberstellung von § 18 Abs. I zu
dessen Abs. II ergibt - von einer zwangsweisen
Zusammenfassung ausgegangen. Als Regelfall wird
- das kann § 17 Abs. II entnommen werden - die
Mehrheitsbeteiligung als Mittel des so verstande-
nen Zwangs angesehen.

Es erscheint daher angebracht, in einem kurzen
Überblick darzustellen, wie sich das Konzernwesen
in der Vergangenheit entwickelt hat. Dabei soll,
wegen der Vermutung des § 17 Abs. II der Schwer-
punkt der Betrachtung bei der gesetzlichen Be-
handlung des mitgliedschaftlichen Beteiligungs-
rechts liegen.

Der Betrieb kaufmännischer Unternehmen in der
Rechtsform juristischer Personen ist eine ver-
hältnismässig junge Erscheinung im Geltungsbe-
reich des deutschen Rechts.

Nachdem bis ungefähr zur Mitte des vergangenen Jahrhunderts derartige Unternehmen zumeist in der Form der Einzelhandelsgesellschaft oder der Personalgesellschaft aufgetreten waren, genügten diese Rechtsformen nicht mehr dem ausserordentlichen Kapitalbedürfnis, das das aufkommende technische Zeitalter stellte ¹³⁾. Insbesondere machte der diese Zeit revolutionisierende Bau von Eisenbahnen und Bergwerken es erforderlich, den für damalige Verhältnisse immensen, die Kraft des Einzelnen oder einer kleinen Minderheit übersteigenden Kapitalbedarf bei einer anonymen Vielzahl von Geldanlegern zu suchen ¹⁴⁾.

So ging folgerichtig auch die erste deutsche Kodifikation des Aktienrechts vom Gesellschaftsgegenstand aus, in dem sie die Verhältnisse der Eisenbahnaktiengesellschaften regelte ¹⁵⁾. Das erste allgemeine Aktiengesetz wurde in Preussen 1843 erlassen ¹⁶⁾. Dieses Gesetz wurzelte im Konzessionsprinzip und stellte demgemäss die Voraussetzungen auf, unter welchen die Erlaubnis zum Betrieb eines Unternehmens in der Form der A.G. erteilt werden konnte ¹⁷⁾. Aufgrund königlicher Generalverfügung vom 22.4.1845 ¹⁸⁾ war diese Konzession u.a. nur dann zu erteilen, wenn die geplante A.G. nach am Allgemeinwohl orientierten Gesichtspunkten förderungswert erschien und das notwendige Kapital nicht von Einzelnen aufzubringen war ¹⁹⁾.

13) Vgl. Friedländer S. 4; Rasch S. 1

14) Rasch aaO

15) Preuss.Eisenbahnaktiengesetz v. 3.11.1838, Gesetzessammlung 1838, 202 ff

16) Gesetzessammlung 1843, 341 ff

17) Müller - Erzbach S. 365, Brodmann § 178 Anm. 1

18) Abgedr. bei Bösselmann S. 76 ff zitiert nach Mestmäcker S. 18

19) Mestmäcker aaO

Es wird bereits in diesem frühen Stadium deutlich, mit welchem unverhohlenen Misstrauen die Obrigkeit sich gegenüber dem Aufkommen von Kapitalgesellschaften einstellte. Von fremden, d.h. aussergesellschaftlichen Einflussnahmen auf die zu dieser Zeit bestehenden A.G. ist nichts bekannt.

Das obrigkeitliche Misstrauen hatte vornehmlich zwei - auch heute noch teilweise geltende - Gründe : zum einen hielt man es für misslich, Kapitalrisiko und Kapitalverfügungsbefugnis auseinanderfallen zu lassen - dieser Umstand wird auch heute noch von denen als unerträglich empfunden, die die Stellung des das Kapitalrisiko tragenden Anteilseigners in entscheidender Weise gestärkt wissen wollen ²⁰⁾ -, zum anderen hielt man die Beschränkung der Haftung auf ein feststehendes Grundkapital für kaum vereinbar mit den Interessen des Gläubigerschutzes. Es waren also gleichzeitig Gesellschafter- und Gläubigerschutzerwägungen, die den Kreis der A.G. beschränkt hielten.

Derartig weitreichende Bedenken sollten nur dann in den Hintergrund treten dürfen, wenn die Einrichtung der A.G. im öffentlichen Interesse lag - für eine Zeit, die das Gemeinwohl weitgehend über private Interessen stellte, nichts Aussergewöhnliches.

Im Fall der Konzessionierung einer A.G. hatten also die angeführten Schutzbedürfnisse der Einzelnen nach den damals geltenden Abwägungsmassstäben zurückzutreten. Das öffentliche Interesse sollte aber dann nicht ausreichen, wenn die notwendigen Mittel auch auf " minder gefährliche

²⁰⁾ Fischer AcP 154 S. 111

Weise " beschafft werden konnten. Für diese Zeit des Konzessionssystems wären z.B. Gründungen von Familienunternehmen in der Form der A.G. unmöglich gewesen, da alle - oder zumindest der weitaus grösste Teil - der Aktien sich in der Hand des überschaubaren Familienkreises befunden haben würde und dieser Umstand ein Indiz dafür gewesen wäre, dass die notwendigen Mittel auch auf andere Weise - nämlich ohne Inanspruchnahme einer anonymen Vielzahl von Kapitalgebern - hätten beschafft werden können ²¹⁾.

Die Rechtsunterworfenen waren also in der Typenwahl der Gesellschaftsform nicht frei, sie mussten für die Konzessionierung einer A.G. bestimmte qualitative Merkmale aufweisen. Andererseits ist aus dem Erfordernis, dass die notwendigen Mittel nicht " auf andere Weise " zu beschaffen sein durften, zu schliessen, dass dem Gesetzgeber dieser Epoche bereits das Bild einer grossen Publikumsgesellschaft vorgeschwebt hat.

War aber eine A.G. einmal zugelassen, so liessen in der Praxis die Statuten den Aktionären keinerlei Mitverwaltungsrechte. Diese wurden vielmehr als Ganzes dem Gesellschafterausschuss (Verwaltungsrat) ²²⁾ übertragen, dem auch die Befugnis zukam, der Geschäftsleitung Anweisungen zu erteilen ²³⁾.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 (ADHGB) übernahm das Konzessionssystem ebenfalls. Dieses wurde erst 1870 durch das Normativ-

21) Mestmäcker S. 18

22) Mestmäcker S. 19

23) Mestmäcker S. 20
(Diese Zitate sind so von
Mestmäcker übernommen)

system abgelöst ²⁴⁾. Hierbei orientierte sich der Gesetzgeber weiterhin am Leitbild einer A.G., die aus dem Zusammenschluss von gleich interessierten Geldkapitalisten, die aus ihrer Mitte oder durch angestellte Verwalter ein die Kapitalkraft des Einzelnen übersteigendes und deshalb gemeinsam finanziertes Unternehmen auf gemeinsame Rechnung führen wollten ²⁵⁾.

Im übrigen war die Neuregelung sehr liberal ausgestaltet und führte in der Folgezeit zu einer Reihe von ungesunden Gründen und - besonders im Jahre 1863 - zu einer Reihe von wirtschaftlichen Zusammenbrüchen (Wiener Börsenkrach). Parallel dazu lief ein Erneuerungsprozess von innen heraus ²⁶⁾ mit dem Ziel einer " Selbstverwaltung der A.G. ", die als Verwirklichung der Idee der Gleichheit im Sinne der politischen Demokratie gedeutet wurde ²⁷⁾.

Erst von der Einführung des Normativsystems an kann die gesetzliche Regelung des Aktienrechts als ein Organisationsstatut ²⁸⁾ für kaufmännische Unternehmen angesehen werden, die in der Form einer bestimmten Art von juristischen Personen betrieben werden. Dabei ist kennzeichnend der die A.G. auszeichnende besondere Grad an Anonymität (im franz. Société Anonym), der durch die Verbriefung des Anteilsrechts in einem leicht fungiblen Inhaberpapier erreicht wird.

24) Vgl. Schmidt-Meyer-Landhut Einf. zu § 1

25) Wiethölter, Publizitätsgespräche S. 36

26) Planitz S. 5

27) Fischer AcP 154 S. 87

28) Jagenburg in "Die A.G." 1965 S. 158,
Havermann in "Beiträge" S. 182

Im Jahre 1884 wurde das Normativsystem entscheidend verschärft - und zwar in Anlehnung an den CC von 1807 ²⁹⁾.

Es folgte hierauf eine Zeit ruhiger Aufwärtsentwicklung, die gleichzeitig mit den ersten Bestrebungen zusammenfiel, auf andere Gesellschaften Einfluss auszuüben ³⁰⁾. So fällt in das Jahr 1881 die erste Gründung einer Interessengemeinschaft (IG) und 1886 wurde die erste deutsche Holdinggesellschaft gegründet (The Dynamite Trust Corp.) ³¹⁾. Kurze Zeit darauf offenbarte sich im Bankengewerbe der erste grosse " Aufsaugungsprozess " - in der Elektroindustrie entstanden in der Hand der Erzeugergesellschaften die ersten bedeutenderen Beteiligungsgesellschaften ³²⁾.

Die rechtliche Konstruktion dieser Vereinigungen vollzog sich in allen im Gesellschaftsrecht möglichen Formen, wobei einmal die Beteiligungsgesellschaften direkt durch die Obergesellschaft regiert wurden, ohne dass ein nach aussen hin erkennbarer Zusammenschluss vorlag, oder indem - wie bei der IG Farben - mehrere voneinander nicht abhängige Unternehmen eine BGB-Gesellschaft bildeten und in dieser ihren gemeinsamen Willen abstimmten.

Für die Ausübung des für eine einheitliche Leitung erforderlichen Einflusses stiess man unter der Geltung des Aktienrechts des HGB auf keine Schwierigkeiten, da der GV praktisch unumschränkte Vollmachten zukamen. Der Hauptgrund hierfür lag in § 231 Abs. III HGB, wonach die Bestellung

29) Fischer AcP 154 S. 88

30) Rasch S. 1

31) Friedländer S. 5

32) Friedländer aaO

zum Vorstand durch die GV jederzeit widerruflich war, andererseits folgte aus § 250 HGB eine generelle Kompetenz der GV in Fragen der Geschäftsführung. § 231 Abs. III HGB letzter Halbs. löste dabei ausdrücklich die dienstvertragliche Seite von der körperschaftlichen des Bestellungsakts und stellte somit klar, dass der Widerruf auf reiner Willkür beruhen konnte ³³⁾.

Diese jederzeitige Abberufungsmöglichkeit im Verein mit der aus § 250 HGB folgenden allumfassenden Zuständigkeit ³⁴⁾ der GV kann unschwer als Weisungsbefugnis der GV gegenüber dem Vorstand qualifiziert werden, denn " ... es ist, da die Generalversammlung jederzeit ihren Willen durchsetzen kann, indem sie ... abberuft, nicht einzusehen, warum das, was die GV auf diesem indirekten Weg tun kann, ihr nicht auch direkt gewährt werden soll " ³⁵⁾.

Diese Machtausstattung der GV hat ihren Grund in dem auch durch die Einführung des Normativsystems nicht modifizierten Verständnis des Gesetzgebers von der A.G. als grosser Publikumsgesellschaft, bei der die Interessen der Mitglieder gleichgelagert sind. Diese Auffassung fusste also hauptsächlich auf einer Erklärung der A.G. als Personenzusammenschluss.

Dieser Rechtszustand war gleichfalls Ausfluss der sich aus den erwähnten Selbstverwaltungsgedanken zwangsläufig entwickelnden Auffassung der GV als

33) Staub § 231 Anm. 15; Brodmann § 231 Anm. 6 g

34) Staub § 250 Anm. 7

35) Staub aaO. Franta in DB 58, 1353, Baumbach-Hueck 1968 Üb. vor § 76 Anm. 2

" Oberstem Organ " ³⁶⁾ der Gesellschaft. Die dogmatische Rechtfertigung hierfür lieferte Otto v. Gierke, der darlegte, die A.G. sei eine Genossenschaft vor allem ihrer Organisation wegen, die erst aus der Rechtsgemeinschaft von Kapitalbeteiligten ein lebendiges Ganzes, eine durch ihre Organe wirksame Vollpersönlichkeit mache, die, wie alle Genossenschaften, nichts als Ausläufer, und Fortbildungen der germanischen Gildeverfassung sei, deren Hauptorgan die Versammlung der vollberechtigten Mitglieder sei und diese bleibe damit letztlich doch das in letzter Instanz entscheidende Organ ³⁷⁾.

So bedurfte es für ein herrschaftswilliges Unternehmen nur der Sicherung einer entsprechenden Stimmenmehrheit, was u.a. noch durch die Möglichkeit der Ausgaben von Mehrstimmrechtsaktien erleichtert wurde (§ 252 Abs. I S. 4 HGB, vgl. auch § 12 Abs. II AktG. 1937 iVm Art. 12 Abs. 9 EGaktG 1937) ³⁸⁾, um eine gewünschte Herrschaftsposition zu erlangen ³⁹⁾.

Bei einer derart liberalen Gesetzgebung war es der Rechtsprechung kaum möglich, Misstände zu verhindern oder zu beseitigen, die aus einer derart unumschränkten Mehrheitsherrschaft folgten.

36) Dies trifft, wie aus § 32 BGB erhellt, für den Verein zu (Palandt § 32 Anm. 1). Jedoch sind die Vereinsregeln des BGB auf die A.G. nicht anwendbar (vgl. Art. 2 Abs. I EGHGB; Schlegelberger-Quassowski § 178 Anm. 6 a), wenn man von § 31 BGB absieht. Zur Stellung der GV als Oberstem Organ vgl. auch: RG 68, 178; 73, 236; 89, 375; 118, 69; OLG München in LZ 1915, 1401

37) Genossenschaftsrecht S. 1024 - 1026

38) Staub § 185 Anm.

39) Vgl. Rasch Vorauf. S. 45; Brand § 250 Anm. 3a

Tastende Versuche in dieser Richtung wurden unter Zuhilfenahme des Gesichtspunktes des Personenrechts der AG nur in besonders krass liegenden Fällen unternommen ⁴⁰⁾.

In diesem vom RG entschiedenen Rechtsstreit war der Vorstand in der Satzung als Organ schlichtweg ausgespart worden, seine Funktion sollte eine von der Regierung eingesetzte Kommission wahrnehmen. Es wurden - über noch später zu untersuchende andere Gesichtspunkte hinaus - letztlich nur ein Organisationsmangel in der Entscheidung gerügt. Der Streitfall wäre im übrigen auch nach heutigem Recht in gleicher Weise zu entscheiden ⁴¹⁾.

Interessanterweise heisst es wörtlich unter Bezugnahme auf § 250 HGB weiter: " Im Gesetz ist der Grundsatz zur Anerkennung gelangt, dass die Mehrheit über die Verwaltung und darüber entscheidet, was im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zu tun und zu lassen ist ". Allerdings anerkennt das RG dort auch, dass die Mehrheit ihren Vorteil nicht über den der Gesellschaft in sittenanstössiger Weise setzen dürfe. Ein derartiger Tatbestand wurde jedoch dann als nicht verwirklicht angesehen, wenn die Mehrheit die Ausgabe von Vorzugsaktien unter Ausschluss des Bezugsrechts und mit der Berechtigung des Vorstandes beschloss, nach freiem Ermessen die Ausgabe von Aktien an solche Personen zu verweigern, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden würden.

Grundsätzlich wurde also von der Rspr. der Gedanke der " absoluten Mehrheitsherrschaft ", demzufolge die Mehrheit in einer A.G. schalten

40) RG 3, 129 ff

41) Mestmäcker S. 119

und walten konnte, wie immer es ihr beliebte, gebilligt. In einer anderen Entscheidung ⁴²⁾ stellte das RG sogar ausdrücklich fest, dass die Minderheit sich auch solche Massnahmen der Mehrheit gefallen lassen müsse, die den alleinigen Zweck hatten, ihr - der Minderheit - zu schaden. Die Grenzen dieser Mehrheitsherrschaft waren also äusserst weit gezogen. Z.B. entschied das RG ⁴³⁾ unter Bezugnahme auf RG 3, 129 ff später nochmals, dass eine Gesellschaft sich nicht selbst entmündigen könne. Bei dem hier zugrunde liegenden Sachverhalt hatte sich eine deutsche Gesellschaft gegenüber einer ausländischen dazu verpflichtet, von ihr ergehende Weisungen - insbesondere bezüglich der Personalpolitik - zu beachten. Hier wurde nochmals eine letzte Schranke für die Ausübung von beherrschendem Einfluss gezogen, und zwar dort, wo dem Gefüge der Gesellschaftsorgane nicht einmal mehr ein nach aussen hin formal bestehender Wert beigemessen werden konnte.

Inwieweit die zumindest in Ansehung ihrer Begründungen als sehr weitgehend empfundenen Urteile ⁴⁴⁾ als richtig anzusehen sind, kann hier nicht untersucht werden, von Bedeutung ist an dieser Stelle nur, die Grenze aufzuzeigen, welche die damalige Rspr. für die Ausübung von Herrschaftsmacht zog.

Der erwähnten " Demokratisierung " ⁴⁵⁾ der A.G. entsprach einerseits die weitgehende Herausstel-

42) RG 68, 245 sog. " Hibernia-Urteil "

43) RG 82, 309 ff sog. " Standard Oil-Fall "

44) Vgl. Rasch S. 99 Vorauf. l.; Friedländer S. 68; Eger § 245 Anm. 64

45) Vgl. oben S. 12 Anm. 26

lung der GV als " Oberstes Organ " ⁴⁶⁾. Andererseits stellte sich sehr bald heraus, dass die Mehrzahl der Aktionäre, vor allem die vielen kleinen und mittleren Daueranleger, kein Interesse daran hatten, die ihnen vom Gesetzgeber zugeordnete Rolle des Eigentümers zu spielen und mittels des Stimmrechts bei der Selbstverwaltung der A.G. mitzuwirken ⁴⁷⁾. Wenn es auch nicht zutraf, dass die GVen " verödeten ", wie Planitz ⁴⁸⁾ darlegt, so verschob sich das stimmenmässige Schergewicht jedoch zu Gunsten derjenigen Aktionäre, die mit dem mit so viel Macht ausgestatteten Stimmrecht aus professionellen Gründen Einfluss auf die Geschäftspolitik nahmen.

Die nach der aufgezeigten Rechtslage vollkommen abhängigen Verwaltungsmitglieder begegneten diesem für ihre Amtsführung misslichen Zustand damit, dass sie eine verstärkte Politik der Bildung stiller Reserven betrieben ⁴⁹⁾. Sie taten dies, weil sie sich nicht mehr in erster Linie als " Prokuristen " ihrer Mehrheitsaktionäre ansahen. Sie wuchsen vielmehr in die Stellung von selbständigen Geschäftsleuten hinein, die sich vornehmlich den " allgemeinwirtschaftlichen Aufgaben ihres Betriebes " verpflichtet fühlten ⁵⁰⁾.

46) S. 14 Anm. 36

47) Fischer AcP 154 S. 94, vgl. auch Sten.-Bericht über die Verh. des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884 3. Band S. 293: "die Aktionäre mögen und müssen aus ihrer Indifferenz heraustreten". Jagenburg in "Die A.G." 1965 S. 157

48) S. 6

49) Fischer aaO S. 96 f

50) Fischer aaO S. 91-92 nach einem Zitat von Keynes

Es sprach für dieses Streben aber auch ein anderer Grund: wenn die Verwaltung sich die für die Gesellschaft erforderlichen Mittel durch Inanspruchnahme des Kapitalmarktes beschaffen wollte, so musste sie eine breite Öffentlichkeit davon überzeugen, dass das Unternehmen erfolgversprechend ist. Das kann durch Gewinneinbehaltung umgangen werden. Die Kapitalbeschaffung auf diesem Weg " kostet " - wie Mestmäcker ⁵¹⁾ treffend formuliert - " in den Augen der Verwaltung nichts ".

Diese Institutionalisierung ⁵²⁾ der A.G. und ihre Loslösung von den Aktionären war zur gleichen Zeit eine Folge des Kampfes um den Bestand des Unternehmens gegen eine " äussere und innere Überfremdung ". Hierunter verstand man die auch heute wieder aktuellen Tendenzen ausländischer Kapitalanleger, die durch tatsächliche oder latente Abwertungen billig gewordenen deutschen Aktien mit vergleichsweise geringem Kapitalaufwand zu erwerben, zum anderen bezeichnet man mit innerer Überfremdung den Versuch eines jeden " Aussenseiters ", durch Zukauf von Anteilen eine Mehrheit in der Gesellschaft zu erwerben. Dies führte zu der Überlegung, die als Rechtssubjekt selbständige A.G. auch wirtschaftlich unabhängig zu machen, d.h. das Maß des auf sie mittels Beteiligung oder in sonstiger Weise möglichen Einflusses zu begrenzen.

Diese Bestrebungen fanden ihren Ausdruck in der Theorie vom " Unternehmen an sich ⁵³⁾ ", für welche Schutzobjekt die A.G. als solche war, wobei die

51) S. 32

52) Jagenburg aaO S. 157

53) Netter S. 507 f

Einzelinteressen der Aktionäre denen des Unternehmens nachzugehen hatten. Die Ausübung des Stimmrechts zur Erreichung eigener Ziele wurde von den Vertretern dieser Richtung als Missbrauch des Mitgliedschaftsrechts⁵⁴⁾ - also als die Ausübung eines nach aussen hin zwar möglichen rechtlichen Könnens ohne nach innen hin vertretbares Dürfen - angesehen.

Das AktG 1937, das mit der Aufhebung der Vorschriften der §§ 231, 250 HGB die Stellung des Vorstandes erheblich stärkte (§ 70) und ihn bei seiner Bestellung der unmittelbaren Einwirkung durch die HV dadurch entzog, dass der Bestellungsakt nunmehr ausschliesslich vom AR vorzunehmen war, kann als gesetzlicher Niederschlag dieser theoretischen Richtung angesehen werden. Bei Schmidt - Meyer - Landrut kommt das in Vorbem. vor § 70 besonders deutlich zum Ausdruck, wenn es heisst :

"... dass angesichts der wachsenden Bedeutung der grossen, in Form der A.G. betriebenen Unternehmen nicht einer dem Wechsel unterworfenen Mehrheit einer oft unübersehbaren Zahl von Aktionären, sondern nur durch Gesetz und Anstellungsvertrag verantwortlichen Persönlichkeiten, die nach Vorbildung und Charakter sachkundig sowie durch die ausschliessliche Hingabe an ihre Aufgabe mit den Bedürfnissen des Unternehmens vertraut sind, die oberste Leitung anvertraut werden kann ...".

Faktisch bedeutete das eine teilweise Hinwendung zu dem Prinzip der in Deutschland nie bekannten Verwaltung der A.G. durch Kommissare des Staates, wie es in den alten Handelskompanien üblich war⁵⁵⁾.

54) Fischer aaO S. 101 ff

55) Fischer AcP 154 S. 86

Es hätte nahegelegen, dass diese Gesetzesänderung sich auch auf die Möglichkeit der Ausübung fremden Einflusses auf die A.G.en ausgewirkt hätte, zumal § 101 Abs. II AktG 1937 die HV grundsätzlich von der Geschäftsführung ausschloss. Wenn nämlich der Vorstand nicht mehr Weisungen der HV direkt unterworfen sein sollte, die Beteiligung - die in der HV zum Tragen gebracht wird - aber als eines der wesentlichsten Elemente der Machtausübung angesehen wurde, so musste es einem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen von nun an ungleich schwerer fallen, aus einer Mehrheitsbeteiligung eine Herrschaftsposition zu schaffen. Die Erfahrung beweist, dass das Gegenteil der Fall war ⁵⁶⁾.

Die konzernmässige Beteiligungsverflechtung hielt in unvermindertem Maß an, sie erlebte sogar im Zusammenhang mit der Umstellung von Friedens- auf Kriegswirtschaft eine neue Blüte, obwohl keine Vorschrift eine entsprechend starke Einflussmöglichkeit zu gewähren schien.

Das AktG 1937 schuf allerdings in § 15 zum ersten Mal den Begriff des Konzerns und knüpfte an ihn in §§ 128, 131, 134, 95 besondere Rechtsfolgen. Gem. § 15 AktG 1937 sollten Unternehmen, die aufgrund von Beteiligungen oder sonst mittelbar oder unmittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens standen, mit diesem zusammen einen Konzern bilden (§ 15 Abs. II). In § 15 I wurde der Konzern als die Zusammenfassung mehrerer Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung aufgefasst - also wurde durch die Vermutung des § 15 II von der entsprechenden Beteiligung auf die einheitliche Leitung

56) vgl. Mestmäcker S. 113, der allerdings dort auf ein starkes Übergewicht des AR hinweist

geschlossen. Keine der genannten Vorschriften verlieh jedoch dem " Inhaber der Konzerngewalt " eine Leitungsmacht. Ihr Vorhandensein wurde vorausgesetzt. Worauf es sich gründen sollte, musste gerade nach dem Fortfall der Weisungsbefugnis der GV zweifelhaft erscheinen.

Auch die Rspr. setzte die für das Vorliegen des Konzerntatbestandes erforderliche Abhängigkeit im Sinne eines Herrschaftsverhältnisses schlicht voraus, ohne sie zu begründen. So heisst es in RG 167, 49 ff " ... auch danach ist es für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses entscheidend, dass das herrschende Unternehmen über Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen. Welche Mittel es hierzu befähigen, ist ohne Belang ⁵⁷⁾.

Neben sachlichen Gestaltungen, die einen beherrschenden Einfluss gewährleisten, können es auch tatsächliche Gegebenheiten sein, die einem Unternehmen das Übergewicht über ein anderes verleihen. Nur darf es sich nicht lediglich um zufällige Entwicklungen und Ereignisse handeln, die einem Unternehmen im einzelnen Fall zwar dazu verhelfen mögen, seinen Willen zur Geltung zu bringen, die sich aber wegen ihrer Abhängigkeit von der jeweiligen Sachlage einer voraussehenden Leitung entziehen und deshalb keinen Herrschaftsanspruch begründen ".

Im weiteren (S. 50 aaO) geht das RG davon aus, dass die blosse Mehrheitsbeteiligung ausreicht, um auf das im Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen beliebig einwirken zu können.

57) wird aber leider nicht ausgeführt

Es wird also im einzelnen ausgeführt, dass für das Vorliegen eines Herrschaftsverhältnisses gewisse " Mittel " zur Durchsetzung des Willens vorhanden sein müssen, es wird aber nicht erwähnt, worin diese Mittel gesehen werden.

§ 15 Abs. II AktG 1937 scheint vielmehr als eine unkritische Übernahme des § 226 Abs. IV HGB in das neue Aktiengesetz darzustellen, wobei die Übernahme der Abhängigkeitsvermutung nicht mehr in die Landschaft des Aktiengesetzes 1937 mit seiner starken Herausstellung des Vorstandes passte.

Wenn § 15 selbst keine Konzernmacht verlieh, so konnte die materielle Bedeutung des neuen Begriffes nur darin gesehen werden, dass man nunmehr über eine Sammelbezeichnung verfügte, mit Hilfe derer man unschöne Wiederholungen vermeiden konnte ⁵⁸⁾, wenn an das Vorliegen von Mehrheitsbeteiligungen Rechtsfolgen geknüpft werden sollten ⁵⁹⁾.

An dieser Stelle ist das Steuerrecht bahnbrechend vorangegangen. In KStG 1920 ⁶⁰⁾ sowie in § 2 UStG 1934 wurde in der Gesetzessprache zuerst der Begriff der "Organgesellschaft " geschaffen.

Eine solche sollte dann vorliegen, wenn eine juristische Person derart von einer anderen Gesellschaft oder einem anderen Unternehmen abhing, dass sie keinen eigenen Willen mehr hatte und sich faktisch als eine Betriebsabteilung des oberen Unternehmens darstellte. Dann sollte diese Gesellschaft auch für das Recht der Ertragsteuern als nicht-

58) vgl. Gessler in DB 1965, 1729

59) vgl. z.B. §§ 95, 112, 128, 131 AktG 1937

60) ROBl I S. 393

existent behandelt werden. Diese gesetzgeberischen Neuschöpfungen übernahmen einen seit langem vom ProVG und später dem RFH verwandten Begriff der Rechtsprechung in das geschriebene Recht.⁶¹⁾

Für uns ist interessant, dass es vom Zeitpunkt des Beginns dieser Rechtsprechung an juristisch formal selbständige Gesellschaften gab, auf die ein derart starker Einfluss - wie es das Vorhandensein einer Organschaft voraussetzt - ausgeübt werden konnte. Über die rechtliche Zulässigkeit solcher Einflussnahmen kann aber das sich an vollkommen anderen Gesichtspunkten orientierende Steuerrecht keine Aussagen machen; insbesondere, weil im Steuerrecht der Grundsatz der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise"⁶²⁾ in bewusster Nichtberücksichtigung der zivilrechtlichen Gegebenheiten gilt.

Mit der Neuaufnahme des Rechts der verbundenen Unternehmen und insbesondere des Rechts der Unternehmensverträge in das Gesetz von 1965⁶³⁾ vollzog sich somit nach Ansicht derer, die die Organschaft stets als zulässig angesehen hatten, eine Entwicklung, die sich schon mit Ausgang des vergangenen Jahrhunderts angebahnt hatte⁶⁴⁾. Dieser Ansicht wird, wie bereits oben⁶⁵⁾ angedeutet, zwar beigetreten, wiewohl das Steuerrecht - sowohl in seiner rechtsprechenden als auch rechtsetzenden Seite - keinesfalls zur Begründung herangezogen werden kann, da die Maximen dieser Rechtsdisziplin zu verschieden sind: so werden gem. § 4 Abs. V Satz 1 EStG sog. "Schmiergelder"

61) Bühler S. 165

62) § 6 StAnpG

63) §§ 15 - 19; 291 ff

64) Vgl. Würdinger S. 261; EGAktG 1965 § 22

65) Vgl. S. 7 f

steuerlich als abzugsfähig anerkannt, obschon ihre Vereinbarung gem. § 138 BGB nichtig wäre^{65a)}.

Aber auch bei rechtlicher Anerkennung der vor Inkrafttreten des AktG 1965 erfolgten Konzernierungsvorgänge muss darauf verwiesen werden, dass Rechtswirklichkeit und geschriebenes Recht in einem Maße auseinander klappten, dass der Gesetzgeber zu einem Eingreifen aufgerufen war.

3. Beherrschungs- vertrag

Im Bereich der im Gesetz neu geregelten Unternehmensverträge nimmt der Beherrschungsvertrag (§ 291 Abs.I S.1) eine hervorragende Stellung ein. Er ist dann gegeben, wenn sich eine A.G. oder eine KGaA durch Vertrag der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt. Hinsichtlich der Leitungsbefugnis muss der Vertrag also zu Gunsten eines Unternehmens abgeschlossen sein.

a) Unter- nehmens- begriff

Der Unternehmensbegriff erscheint in der Terminologie zunächst bei den Wirtschaftswissenschaften. Dieser Begriff ist jedoch bei der Verschiedenheit der Disziplinen nicht ohne weiteres im Rechtssinne zu verwenden⁶⁶⁾.

In der Rechtssprache erscheint er in der GewO⁶⁷⁾ und wird dort im Gegensatz zu den selbständigen Gewerbetreibenden verwandt. Ferner taucht er im UStG⁶⁸⁾ auf, wo jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen angesprochen wird. Schliesslich erscheint er in der RVO⁶⁹⁾.

Eine Begriffsbestimmung für das aktienrechtliche Unternehmen gibt das Gesetz nicht. In der amtl. -----

65a) vgl. Herrmann-Heuer Kommentar zum EStG und

66) Julius v. Gierke S. 5^{KStG, § 4, Anm. 62}

67) (§§ 119a, 120, 120a, 133a GewO)

68) § 2 UStG

69) §§ 542, 543, 544, 545

Begründung ⁷⁰⁾ fehlt ein Hinweis darauf, was sich der Gesetzgeber unter Unternehmen vorgestellt hat. Die Begründung ⁷¹⁾ begnügt sich mit der Erklärung, dass man von einer gesetzlichen Definition wegen der grossen damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten abgesehen habe ⁷²⁾.

Ob diese Unterlassung letztlich als glücklich angesehen werden kann, muss stark bezweifelt werden ⁷³⁾. Dies umso mehr, als gem. § 294 die Anmeldung eines Unternehmensvertrages zum HR Voraussetzung für seine Wirksamkeit ist, also Entstehungstatbestandsteil ist und mithin konstitutive Bedeutung hat. Somit wird die Last der Feststellung, ob im Einzelfall ein Unternehmen vorliegt, dem Registerrichter überbürdet; denn dieser hat die Rechtmässigkeit der beantragten Eintragung von Amts wegen zu überprüfen. ⁷⁴⁾.

Das Moment der " Vermeidung praktischer Schwierigkeiten " sollte überall dort als nicht stichhaltig angesehen werden, wo es zu einer Gefahr für die Einheitlichkeit im Recht werden kann.

Aus dem Gesetz ist zunächst zu entnehmen, dass als Unternehmen nicht nur Gesellschaften angesehen werden, auch wird der Begriff nicht im Zusammenhang mit einer bestimmten Rechtsform gesehen; denn das wäre im Gesetz deutlich zum Ausdruck gekommen.

70) Vgl. Kropff S. 27

71) Vgl. Kropff aaO S. 27; Baumbach-Hueck 68 § 15, Anm. 3

72) Vgl. Wilhelmi in "Die A.G." 65, 247. Wenn dort ausgeführt wird, das Fehlen sei damit zu begründen, dass der Begriff an mehreren Stellen erscheint, so kann das nicht überzeugen. Man hätte dann eben auf einen generalisierenden Begriff verzichten müssen.

73) Straßberger S. 3

74) Vgl. Würdinger S. 262

Der Begriff Unternehmen wird in diesem Zusammenhang deshalb auch nicht zu Unrecht als "rechtsformneutral" angesehen ⁷⁵⁾.

Bei der Frage der Begriffsklärung bietet sich zunächst der Unternehmensbegriff des HGB an. Dies umso mehr, als das AktG - wie auch seine Geschichte beweist - nur als ein aus dem HGB herausverlagerter Sonderteil zu betrachten ist.

Im HGB erscheint die Bezeichnung Unternehmen an mehreren Stellen ⁷⁶⁾. Eine eigentliche Definition fehlt jedoch auch. Aus § 2 HGB ergibt sich nur, dass ein Gewerbebetrieb i.S. des § 1 HGB gleichzeitig stets ein Unternehmen bildet. Die Definition des Handelsgewerbes in § 1 Abs. 2 HGB ist jedoch für die Lösung der Frage untauglich, da nach einhelliger Auffassung im Schrifttum ⁷⁷⁾ nur eine der möglichen Erscheinungsformen eines Unternehmens ausmacht. In der Literatur des HGB sah man sich daher - insbesondere mit Rücksicht auf die Auseinandersetzungsbestimmungen ⁷⁸⁾ - früh veranlasst, eine genaue Umschreibung des Unternehmensbegriffs vorzunehmen. Das HGB versteht demnach unter Unternehmen eines Kaufmanns die dem Zweck seiner Tätigkeit gewidmeten Sachen und Rechte, dazu gewisse Verhältnisse und Beziehungen, die ebenfalls Mittel ertragsbringender Tätigkeit sein können, wie Erfahrungen (know how) und Beziehungen zu Kunden sowie Lieferanten ⁷⁹⁾.

Es wird deutlich, dass im Rahmen des HGB das Unternehmen eher als vermögenswerte Grösse verstanden -----

75) Vgl. Havermann in WP 1966, 32; Godin-Wilhelmi § 15 Anm. 2, wiewohl die Bezeichnung "rechtsformneutral" treffender wäre

76) §§ 2, 3 Abs. II, 36, 42, 84, 91 HGB

77) Vgl. Baumbach-Duden Einf. I 4

78) § 138 HGB

79) Baumbach-Duden aaO

werden soll, was beispielsweise bei einer Auseinandersetzung die Erstellung einer Abschichtungs-bilanz notwendig macht.

Es handelt sich also um einen an der Interessenlage des HGB ausgerichteten Unternehmensbegriff, der auf die Verhältnisse des Aktienrechts nur bei Gleichartigkeit der Interessen angewandt werden könnte ⁸⁰⁾.

Das Recht der verbundenen Unternehmen im Aktiengesetz 1965 will aber gerade Ordnungsprinzipien für die Beziehungen voneinander abhängiger Teilnehmer im wirtschaftlichen Geschehen aufstellen, ohne dass es dabei auf die einzelnen vermögensabhängigen Faktoren ausschliesslich ankommen kann, die den Unternehmensbegriff des HGB ausmachen.

Noch weniger brauchbar ist der Unternehmensbegriff des GWB, der von vollkommen andersartigen ordnungspolitischen Voraussetzungen und Zielvorstellungen ⁸¹⁾ ausgeht.

In Übereinstimmung mit der amtl. Begründung ⁸²⁾ wird daher zugestanden, dass die Klärung des Unternehmensbegriffs für die §§ 291 ff Schwierigkeiten bereitet. Es mag sich hier sogar um eine Situation handeln, in der der Gesetzgeber nicht in der Lage war, eindeutige, für jedermann verständliche Begriffe zu prägen. In solchen Fällen entspricht es der gesetzgeberischen Übung, auf eindeutige, für jedermann verständliche Begriffs-----

80) Der Unternehmensbegriff des HGB ist sicher in § 31 anzuwenden; denn wenn von der Übernahme eines Unternehmens im Zusammenhang mit der Sachgründung die Rede ist, so kann nur an einen Inbegriff von Sachen und Rechten, der sich als die Bareinlage ersetzende Vermögensgrösse darstellt, gedacht werden.

81) § 1 GWB

82) Kropff S. 27

bestimmungen zu Gunsten mehr typisierender Definitionen zu verzichten⁸³⁾.

Beim Unternehmensbegriff der §§ 291 ff handelt es sich also um einen ausfüllungsbedürftigen Typusbegriff.

Das Verdienst, die Lehre vom Typusbegriff für die Rechtsinterpretation, kommt Larenz zu⁸⁴⁾. Demnach ist der (offene) Typusbegriff in Gegensatz zum (geschlossenen) abstrakten Begriff zu setzen. Das soll bedeuten, dass bei offenen die den Typus ausmachenden Merkmale nicht eine geschlossene Zahl derart bilden, dass die Typusqualität nur verwirklicht sein kann, wenn eine bestimmte ihn bildende geschlossene Anzahl an Merkmalen gegeben ist. Vielmehr können von den " Zügen ", die insgesamt als Typus, d.h. als diesen Typus charakterisierend angesehen werden, im Einzelfall der eine oder der andere fehlen oder in seiner Bedeutung eingeschränkt sein.

Einen solchen offenen Typusbegriff stellt nach Raisch das Unternehmen i.S. des Aktienrechts dar⁸⁵⁾. Es müssen mithin die Einzelzüge gefunden werden, die den Begriff " Unternehmen " ausmachen können.

Weiterhin ist der hier gesuchte Begriff nur an den Zielvorstellungen des AktG zu erarbeiten. Die Antwort auf die Frage, welche Tatbestände der Gesetzgeber in das Ordnungsgefüge des Rechts der verbundenen Unternehmen einreihen wollte, ist zugleich die Antwort auf die Frage nach dem Unternehmensbegriff.

83) Vgl. Raisch in JZ 1966, 504

84) Methodenlehre S. 343

85) JZ 1966, 504

Es kann dabei auf die allgemeine Methode der Abgrenzung von Begriffen zurückgegriffen werden, die darin besteht, dass ein tatbestandsmässig festgelegter Begriff jeweils nach den Zweckbestimmungen des jeweiligen Gesetzes⁸⁶⁾ umrissen und ermittelt werden muss⁸⁷⁾. Hinsichtlich des Unternehmensbegriffs ist in diesem Sinne auch ausdrücklich vom Kammergericht entschieden worden⁸⁸⁾. Es handelte sich dabei um einen Fall aus dem Gebiet des Wettbewerbsrechts.

Hiernach muss in den Vordergrund gestellt werden, dass es dem Aktiengesetzgeber 1965 vornehmlich um den Schutz von Minderheitsaktionären, dann aber auch von Gesellschaftsgläubigern zu tun gewesen ist⁸⁹⁾.

Die Vorschrift, die am ehesten geeignet ist, diese Zielvorstellungen deutlich werden zu lassen, ist § 20.

Bemerkenswert an dieser Regelung ist, dass nur einem Unternehmen mit 25 oder 50 %iger Beteiligung die Mitteilungspflicht obliegt. Daraus folgt einmal, dass der qualifizierte Anteilsbesitz als solcher nicht zur Mitteilung verpflichtet und dass er für sich allein genommen auch nicht die Unternehmensqualität begründet.

Das Gesetz will mithin im Interesse aussenstehender Aktionäre und Gläubiger verhindern, dass ein anderes Unternehmen bestimmte qualifizierte Minderheiten oder Mehrheiten hält, ohne dass dies der AG bekannt ist. Nicht verhindert werden soll die Akkumulierung von Anteilen. Der Grund für

86) Unter Hinweis auf Fußn. 80 ist wohl auf die Zweckvorstellung der jeweiligen Vorschrift abzuheben.

87) so wohl auch Würdinger S. 263

88) BB 60, 385

89) Vgl. Kropff in BB 1965, 1285
Baumbach-Hueck 68, § 15, Anm. 3

diese gesetzgeberische Vorsichtsmassnahme ist, dass aussenstehende Aktionäre und Gläubiger auf die möglichen divergierenden Interessen eines die Mehrheit oder eine qualifizierte Minderheit haltenden Unternehmens aufmerksam gemacht werden. Somit hat auch die AG, an der eine Beteiligung in der genannten Höhe besteht, dies im Geschäftsbericht bekanntzugeben (§ 160 Abs. II Ziff. 11).

Die Frage nach der Art der vom Gesetzgeber gesehenen Gefahr muss daher gleichzeitig den Unternehmensbegriff näher erläutern :

Wenn jemand, der mit eigenen wirtschaftlichen Interessen am Wirtschaftsleben teilnimmt, bestimmte Mengen von Anteilen an einer A.G. erwirbt, so besteht die Möglichkeit, dass er die sich aus der Beteiligung ergebenden mitglied-schaftlichen Rechte zu Gunsten seiner anderwärts orientierten wirtschaftlichen Interessen ausübt. Diese Möglichkeit besteht insbesondere dann, wenn niemand von der Beteiligung weiss und man ihn deshalb nicht auf die Pflicht zur Wahrung der (im Schrifttum umstrittenen) Treuepflichten des Aktionärs hinweisen kann.

Der so umschriebene Aktionär stellt für die Aktiengesellschaft sicherlich dann eine potentielle Gefahr dar, wenn er selbst als Kaufmann am Wirtschaftsleben teilnimmt ⁹⁰⁾. Der sogenannte institutionelle Unternehmensbegriff, der überwiegend vertreten wird, hält danach ein Unternehmen dann für gegeben, wenn ein nach aussen hin erkennbarer Geschäftsbetrieb vorliegt ⁹¹⁾.

90) So ist Kaufmannseigenschaft stets ein Indiz für das Vorliegen eines Unternehmens.
Vgl. Baumbach-Hueck 68 § 15, Anm. 3

91) Havermann in "Beiträge" S. 187 ff, Godin-Wilhelmi § 15 Anm. II, Rasch S. 24

Es wird hier praktisch auf einen Gewerbebetrieb abgestellt ⁹²⁾. Der Begriff wird also durch ein statisch-objektives Element bestimmt ⁹³⁾.

Zuzustimmen ist dieser Auffassung insoweit, als in allen Fällen, in denen nach ihr die Schutzfunktion des § 20 zur Anwendung kommen soll, die vom Gesetz gesehene Gefahrenlage gegeben ist.

Bei dieser Ansicht würde der Unternehmensbegriff der §§ 15 ff und 291 ff ein klassifikatorischer ⁹⁴⁾.

Fraglich erscheint, ob dieser Begriff nicht zu eng ist. Zwischen dem - absichtlich vom Gesetzgeber nicht angesprochenen - reinen Mehrheitsaktionär ⁹⁵⁾ und den Merkmalen eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs sind Zwischenstadien erkennbar, in denen die vom Gesetz anvisierte Gefahrenlage auch gegeben ist, die aber vom institutionellen Unternehmensbegriff nicht erfasst werden.

Hier wird deutlich, dass es sich, wie oben ⁹⁶⁾ angedeutet, beim Unternehmensbegriff, insoweit er bei den Unternehmensverbindungen auftaucht, um einen offenen Typus im von Larenz ⁹⁷⁾ dargelegten Sinn handelt. Nicht nur dann, wenn der geschlossene Kreis der Begriffsmerkmale, die das Phänomen " Gewerbebetrieb " ausmachen, vorhanden ist, kann von einem Unternehmen gesprochen werden, sondern auch bei Vorliegen einiger weniger Merkmale, die zur Wesenheit des Unternehmens gehören, wenn diese in Ansehung der gesetzgeberischen Zielsetzung nur als miterfasst betrachtet werden müssen.

92) Vgl. Würdinger S. 263

93) Straßberger S. 5

94) Ralsch aaO S. 504

95) Vgl. Baumbach-Hueck 68, § 15, Anm. 4

96) Vgl. S. 27

97) aaO S. 343

Fälle, die bei Anwendung des institutionellen Unternehmensbegriffs nicht unter § 20 gefasst werden können, sind mit Hilfe des als "funktional" verstandenen Begriffs unschwer einzuordnen. Hier- nach ist ein Unternehmen gegeben, wenn ein ziel- gerichtetes kaufmännisches Handeln vorliegt, mit dem Interessen verfolgt werden, die der A.G. gegenüber eigenwirtschaftlich sind ⁹⁸⁾. Danach ist also nicht der nach aussen hin erkennbare Or- ganismus " Gewerbebetrieb " erforderlich, es ge- nügt eine bestimmte Art der Interessenwahrnehmung. Dieser Begriff wird determiniert durch ein sub- jektiv-dynamisches Element ⁹⁹⁾.

Es war festgestellt worden, dass die in § 20 ge- sehene Gefahrenlage dann nicht vorliegen würde, wenn der Aktionär ausser seinem Anlageinteresse keine anderen Ziele verfolgt. Dann nimmt man an, dass sich seine Erwartungen aus seinem Aktienbe- sitz mit denen seiner übrigen Mitgesellschafter decken ¹⁰⁰⁾. Im Fall der Beteiligung eines Unter- nehmens besteht nun aber ¹⁰¹⁾ die Gefahr, dass die A.G. fremden unternehmerischen Interessen dienst- bar gemacht wird. Für den Unternehmensbegriff, an den § 20 anknüpft, ist also die Frage wesentlich, ob eigene Interessen planvoll und über eine ge- wisse Zeitdauer hinweg zur Geltung gebracht wer- den. In dieser Richtung scheint auch

98) Kropff "Konzernrecht" in BB 1965, 1285; Brauksiepe in BB 1966, 869 ff; Möhring in NJW 1967, 1 ff

99) Auch Wilhelmi in "Die A.G." 1965, 247 scheint dem funktionalen Begriff zuzuneigen, wenn er ausführt: "Es genügt festzustellen, dass im AktG der Begriff als rechtlich neutraler Begriff das bezeichnen soll, womit eine Person ... am Wirt- schaftsleben teilnimmt". Interessant ist an dieser Definition, dass sie offenbar für das ganze AktG gelten würde, wobei doch Fälle er- kennbar sind, in denen ganz offensichtlich auf einen Sachbegriff abgehoben wird. Vgl. Fußn. 80

100) Würdinger S. 263

101) Vgl. RegEBegr. Kropff S. 40

Wiethölter ¹⁰²⁾ zu tendieren, wenn er darlegt, im Fall einer stabilen Beteiligung liege in der Regel auch eine unternehmerische Betätigung vor.

Interessen der aufgezeigten Art können der A.G. nicht nur dann gefährlich werden, wenn sie von einer nach aussen hin erkennbaren Betriebseinrichtung ausgehen. So gesehen würde die Zusammenfassung eines Inbegriffs von Sachen und Rechten in einer Betriebseinheit für den Unternehmensbegriff nicht mehr konstitutiv, sondern indizierend wirken : das Vorliegen einer derartigen Zusammenfassung würde auf eine Unternehmensqualität hinweisen, sie aber nicht begründen ¹⁰³⁾.

Ansätze hierzu werden auch bei Würdinger - einem Vertreter der institutionellen Theorie - deutlich, wenn er ¹⁰⁴⁾ - allerdings vom nach aussen hin erkennbaren Betrieb ausgehend - darauf abstellt, dass es beim Unternehmer auf die Wahrnehmung eigener Interessen ankomme. Der entscheidende Punkt wird also auch bei ihm in einem zielgerichteten Handeln, nicht in der Tatsache des Vorliegens eines Betriebes gesehen. Am deutlichsten wird dieser - die institutionelle Theorie belastende - Zwiespalt bei Rasch ¹⁰⁵⁾, wenn er wörtlich definiert : "Unternehmen i.S. des AktG ist die Zusammenfassung von beweglichen und unbeweglichen Sachen und Rechten und Verbindlichkeiten sowie immateriellen Werten ... zu einem Ganzen als Ausdruck der wirtschaftlichen Betätigung und Leistung des Unternehmers, losgelöst von seiner Person und der Person der mit ihm Schaffenden".

102) "Publizitätsgespräche" S. 42

103) Vgl. Baumbach-Hueck 68 § 15, Anm. 3

104) aaO in "Die A.G." 1965, 247

105) S. 24

Hier wird die Unternehmung mithin als Funktion verstanden, so dass es nicht zutrifft, wenn Rasch als reiner Institutionalist bezeichnet wird. Auch Würdinger ¹⁰⁶⁾ geht von seiner Theorie für den Fall ab, dass ein Aktionär zwei Unternehmen unter seiner Leitung zusammenfasst. Er nennt ihn dann stets einen Unternehmer. Wegen dieser Inkonsistenz wird er von Schäfer ¹⁰⁷⁾ apostrophiert.

Auch Mestmäcker ¹⁰⁸⁾ lässt es beim Vorhandensein offenbar nicht bewenden, wenn er den rein institutionell verstandenen Unternehmensbegriff als das - ein wirtschaftliches Unternehmen noch nicht ausmachende - Substrat ansieht, zu dem noch die Entscheidungsfreiheit darüber kommen müsste, wie dieses Substrat eingesetzt wird.

Die Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs begegnet jedoch erheblichen praktischen Schwierigkeiten: da es sich weitgehend um in der Person des Unternehmers begründete Vorgänge handelt, also letztlich um subjektive Eigenschaften - wie sonst sollte man den Begriff eines "marktstrategischen Planens" ¹⁰⁹⁾ nennen - müsste im Zweifelsfall jede Massnahme eines zur diesbezüglichen Untersuchung stehenden Aktionärs daraufhin geprüft werden, ob sie Ausdruck einer unternehmerischen Planung ist. Überhaupt scheint Möhring, wenn er den Unternehmer als den Träger einer unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsgewalt beschreibt oder von ihm marktstrategisches Denken verlangt, mehr eine Begriffssubstitution als Begriffsklärung zu liefern; denn die Suche nach die-

106) aaO in "Die A.G." 1965, 247

107) NJW 1967, 1741, Schäfer

108) aaO S. 304, Mestmäcker

109) NJW 1967, S. 2, Möhring

sem Träger dürfte nicht weniger schwierig sein als die nach dem Unternehmer selbst.

Letztlich weist doch Würdinger den rechten Weg, wenn er ¹¹⁰⁾ darlegt, die Eigenschaft als Mehrheitsaktionär genüge noch nicht für die Annahme eines Unternehmens. Es muss also noch etwas hinzukommen. Wenn Würdinger ¹¹¹⁾ ausführt, ein Unternehmen liege vor, wenn ein Aktionär in der Lage sei, mehrere Gesellschaften aufgrund entsprechender Beteiligungen zu leiten, so hat er offenbar die Grenze bereits überschritten, jenseits welcher dem Aktionär Unternehmensqualität zugerechnet werden muss ¹¹²⁾.

Die Antwort kann nämlich auch nicht in der Anzahl der von einem Aktionär kontrollierten Gesellschaften gefunden werden; denn dann würde ein quantitatives Element herangezogen, wo ein qualitatives am Platze wäre. Hinausgehend über den rein funktionalen Unternehmensbegriff, der sich ausschliesslich an subjektiven Elementen orientiert, muss vielmehr gesagt werden, dass Unternehmer jeder ist, der bei die A.G. betreffenden Entscheidungen in einer Konfliktsituation steht ¹¹³⁾. Diese Konfliktsituation wird dann auftreten, wenn der Betreffende ausserhalb der A.G. gelagerte wirtschaftliche Interessen hat, die ihn veranlassen können, eine für die A.G. ungünstige Einflussnahme auszuüben ¹¹⁴⁾.

110) aaO

111) aaO

112) aa Schäfer in NJW 1967, 1741; Leo in "Die A.G." 1965, 353; vgl. hierzu auch Havermann in "Beiträge" S. 188

113) vgl. Steinitzer S. 73: "Beherrschen dieselben Personen mehrere AGen, so können sie ihren Gewinn dadurch steigern, dass sie die Gesellschaft, an der sie in höherem Mass beteiligt sind, auf Kosten der anderen bevorzugen".

114) vgl. Baumbach-Hueck 1968, § 15 Anm. 4

Dabei muss es ausreichen, dass die Möglichkeit zu einer solchen Einflussnahme besteht. Nicht zu fordern wird ihre tatsächliche Ausübung für die Annahme des Unternehmensbegriffs sein ¹¹⁵⁾; denn zum einen wäre die Unternehmensqualität in einer für die Praxis unerträglichen Weise versubjektiviert. Zum anderen würde eine solche Auslegung der Zielsetzung des AktG nicht entsprechen, die in einer Offenlegung der Gefahrenlage zu sehen ist ¹¹⁶⁾. Es soll nicht abgewartet werden, dass sich die Gefahr bereits in einer schädigenden Einflussnahme materialisiert hat.

Es wird hier deutlich, dass für die Frage der Begründung der Unternehmereigenschaft es ausschlaggebend ist, ob auch anderweitige Engagements den Aktionär befähigen, auf einen anderen kaufmännischen Betrieb Einfluss zu nehmen. Erwirbt er dann die in § 20 beschriebenen Mehrheiten an einer A.G. hinzu, so befindet er sich in der vom Gesetzgeber gesehenen Konfliktsituation.

Wann wird nach dieser Definition der Mehrheitsaktionär zum Unternehmer ? Dann, wenn er an einer anderen Gesellschaft in einer ihm ebenfalls gewisse Minder- oder Mehrheitsrechte gewährenden Weise beteiligt ist - also im Fall der A.G. auch beim Erreichen eines Anteils von mindestens 25 %. Wenn dieser zahlenmässigen Abgrenzung vorgeworfen wird, sie sei arbiträr und durch keine sachlichen Gesichtspunkt gerechtfertigt, so sei darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber selbst in § 20 das Entstehen einer Gefahrenlage an eine Zahlengrenze knüpft.

115) aA Baumbach-Hueck 1968, § 15 Anm. 4

116) Kropff S. 38, 39

Gegen diesen Unternehmensbegriff, den man als modifiziert funktional bezeichnen könnte - obwohl er letztlich rein funktional ist, - er verdeutlicht nur durch Hinzunahme des Interessenkollisionsgedankens, wann jemand zum Träger einer unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsgewalt wird - liesse sich dasselbe Argument anführen, das die Institutionalistens gegen den rein funktionalen Begriff ins Feld führen: es wird eingewandt, § 16 Abs. IV bestimme für den Fall, dass ein Einzelkaufmann Inhaber eines Unternehmens sei, zu den Anteilen des Unternehmens einer A.G. auch die im Privatvermögen des Kaufmanns befindlichen Anteile zuzurechnen seien. Dieser Vorschrift hätte es dann nicht bedurft, wenn auch der Gesetzgeber den funktionalen Begriff im Auge gehabt hätte¹¹⁷⁾. Dagegen ist anzuführen, dass ein Einzelkaufmann - wenn er schon sein Vermögen in Unternehmen- und sonstiges Vermögen aufspaltet - sich nicht notwendigerweise hinsichtlich seines Privatvermögens "marktstrategisch" verhält, jedoch nach der Lebenserfahrung den nicht zum Unternehmen gehörenden Teil seines Vermögens für unternehmerische Zwecke benutzen wird¹¹⁸⁾.

Somit ist § 16 Abs. IV eher als ein gesetzgeberisches Bekenntnis zum funktionalen Unternehmensbegriff zu sehen, da der Kaufmann, auch bei förmlicher Trennung von Unternehmens- und Privatvermögen, bei seinen private Vermögenssphäre betreffenden Entscheidungen sich marktplanerisch verhalten wird, also auch dann, wenn die dem Privatvermögen zuzurechnenden Aktien nicht dem mit "Inbegriff von Sachen und Rechten" umschriebenen kaufmännischen Unternehmen angehören. Diese Erkenntnis veranlasste den Gesetzgeber zur Aufstellung der Vermutung des § 16 Abs. IV.

117) Bolsenkötter in "Betriebswirtschaft" 1967, 1100

118) Brauksiepe in BB 1967 S. 871

Weiterhin ist gegen den funktionalen und somit auch gegen den hier vertretenen Unternehmensbegriff einzuwenden, er lasse kaum noch Raum für die Anwendung des Gleichordnungskonzerns (§ 18 Abs.II), da mit der Ausübung von Leitungsmacht immer ein Unternehmen vorhanden sei und dann stets ein Unterordnungskonzern gem. § 18 Abs. I vorliegen würde ¹¹⁹⁾. Dem ist entgegen zu halten, dass der hier vertretene Unternehmensbegriff die Verfolgung eigenständiger Interessen verlangt, was beim Gleichordnungskonzern gerade nicht der Fall ist: bei ihm muss per Definitionem das alleinige Bestreben darauf gerichtet sein, alle angeschlossenen Unternehmen zu fördern - wie noch auszuführen sein wird. Dem Gleichordnungskonzern wohnt damit gleichsam ein genossenschaftliches Gestaltungsprinzip inne im Sinne von § 1 GenG.

Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass es einen derart strengen Gegensatz - wie ihn die Auseinandersetzungen in der jüngeren Literatur zu beweisen scheinen - zwischen Institutionalisten und Funktionalisten nicht gibt. Um zu vernünftigen, der Praxis entsprechenden Ergebnissen zu kommen, müssen die Vertreter beider Richtungen die in § 20 enthaltene Mitteilungspflicht bei jeweils denselben Sachverhalten fordern. Hierbei werden die Institutionalisten einerseits mehr funktionale Gesichtspunkte in ihre Interpretation aufnehmen, während die Funktionalisten mehr auf die institutionelle Linie einschwenken, wenn sie eine nach aussen hin erkennbare Einrichtung als Hinweis auf das Bestehen eines Unternehmens verlangen.

Letztlich handelt es sich - wie bereits angedeutet - beim Unternehmensbegriff um einen Typusbe-

119) Bolsenkötter aaO

begriff, der dann gegeben ist, wenn bestimmte, miteinander austauschbare " Züge " gegeben sind, welche weder einen abschliessenden Katalog bilden, noch jeweils in ihrer Gesamtheit Verwirklichungsvoraussetzung sind.

Bedenken in der praktischen Anwendbarkeit begegnet diese Definition auch nicht :

So greift insbesondere der von den Institutionalist^{en} gegen die funktionale Lehre vorgebrachte Einwand nicht durch, wegen der subjektiven Merkmale des Unternehmensbegriffs sei es in der Praxis nicht möglich, sichere Ergebnisse zu erhalten : wenn der Unternehmensbegriff auf das Vorhandensein einer möglichen Interessenkollision der bezeichneten Art ausgerichtet wird, so handelt es sich um ein objektives Merkmal, das durch Indizien - etwa einen eingerichteten Gewerbebetrieb - mit erträglicher Leichtigkeit festgestellt werden kann.

Für den - zugegebenermassen - schwierigeren Fall des Mehrheitsaktionärs bietet es sich an, mit der Vermutung für eine Unternehmenseigenschaft zu arbeiten. Diese müsste selbstverständlich widerleglich sein, da das Gesetz erkennbar nicht die Mehrheitsbeteiligung als solche mitteilungs¹²⁰pflichtig machen sollte. Andererseits wird es nur sehr selten vorkommen, dass ein Mehrheitsaktionär mit seiner Beteiligung keine unternehmerischen Interessen verfolgt ¹²¹). Diese Deutung lässt jedoch genügend Spielraum, um auch den nichtunternehmerischen Mehrheitsaktionär bestehen zu lassen. Denn das AktG 1965 wollte nicht Vermögenskonzentrationen in einer Hand bekämpfen, es wollte nur Machtzusammenballungen nach aussen hin erkennbar

120) Vgl. Baumbach-Hueck 68 § 15, Anm. 4

121) Vgl. Wiethölter in "Publizitätsgespräche"
S. 42

machen ¹²²⁾. Eine derartige Zielsetzung würde dem Aktienrecht als privatrechtlicher Organisationsnorm auch nicht zukommen - es würde sich um eine öffentlich-rechtliche Zwecksetzung handeln, die auch mit den diesem Rechtsgebiet zugeordneten Mitteln, etwa dem Steuerrecht, zu verwirklichen sein würde ¹²³⁾.

b) Vertrag mit Nichtunternehmen ?

Es fragt sich ferner, welche Bedeutung das Gesetz der Unternehmereigenschaft im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages beizumisst. Es fragt sich dabei, ob mit einem Nichtunternehmen - also mit einem Privatmann - ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen werden kann.

Nach der im Schrifttum vorwiegend vertretenen Meinung ¹²⁴⁾ kann der Abschluss von Unternehmensverträgen mit Nichtunternehmen nicht in Betracht kommen. Schäfer begründet seine Ansicht damit, dass die Bestimmungen über verbundene Unternehmen bei Nichtunternehmen deshalb nicht zum Zuge kommen können, weil sie das Persönlichkeitsrecht ¹²⁴⁾ der einzelnen A.G. einschränkenden Charakter hätten. Diese Begründung kann für den Abschluss eines Beherrschungsvertrags nicht letztlich zutreffen, weil dieser - wie noch darzulegen sein wird - vom Vorstand der jeweiligen A.G. abgeschlossen wird. Es könnte im Gegenteil eher darauf verwiesen werden, dass im Gesetz selbst, wie sich aus § 18 Abs. II sowie 291 Abs. II ergibt, Hinweise auf die Leitungsmöglichkeit einer A.G. durch ein Nichtunternehmen enthalten sind ¹²⁵⁾. Es wird jedoch bei den genannten Tatbeständen, wie sich aus

¹²²⁾ Geßler in "Zur Aktienrechtsreform" S. 80

¹²³⁾ Vgl. Jagenburg in "Die A.G." 1965, S. 158, der sich gegen eine Politisierung des Aktienrechts i.S. einer vorübergehenden wirtschaftlichen Zielsetzung wendet

¹²⁴⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi § 291 Anm. 2; Schäfer in NJW 1967, 1741

¹²⁵⁾ Vgl. Schäfer in BB 1966, 231; NJW 1967, 1741; Möhring NJW 1967, 3; Obermüller-Werner-Winden S. 171

dem RegE. ¹²⁶⁾ ergibt, davon ausgegangen, dass die jeweilige A.G. selbst an dem Leitungsorgan beteiligt ist. Diese Eigenbeteiligung ist beim Beherrschungsvertrag aber gerade ausgeschlossen. Für die hier zur Untersuchung stehende Frage müssen also die §§ 18 Abs. II und 291 Abs. II ausser Betracht bleiben. Vom gesetzgeberischen Zweck her gesehen, der die bestehende Interessendivergenz zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen nicht zu Lasten der aussenstehenden Aktionäre sowie der Gesellschaftsgläubiger ausgetragen sehen wollte, wäre eine Ausdehnung der Anwendung der §§ 291 ff über den Wortlaut des Gesetzes hinaus nicht zu rechtfertigen. Aus der Sicht des Mehrheitsaktionärs bestehen in dieser Richtung auch keine Bedürfnisse, da er, soweit es ihm um die Ausübung von Macht zu tun ist, sich über den letztlich von ihm gewählten AR in den Vorstand bestellen lassen könnte. Diese Möglichkeit besteht für ein die Aktienmehrheit besitzendes Unternehmen in Gesellschaftsform nach hM nicht ¹²⁷⁾.

Im Übrigen streitet für diese Ansicht auch die unterschiedliche Sprache im Gesetz: wo es ein Unternehmen tatbestandsmässig verlangt, sagt es dies deutlich - wo es vom Vorhandensein der Unternehmenseigenschaft absehen will, spricht es von "anderen" ¹²⁸⁾. Diese Auslegung bedeutet auch keine Schlechterstellung des Privataktionärs gegenüber dem unternehmerischen Aktionär ¹²⁹⁾: Letztlich entscheidend ist, dass der Privataktionär jederzeit die Möglichkeit hat, sich die Eigenschaft eines Unternehmens zuzulegen.

126) Kropff S. 377

127) § 76 Abs. III, vgl. auch Rasch S. 102

128) vgl. §§ 18 Abs. II, 292 Abs. I Ziff. 2 + 3

129) vgl. für den umgekehrten Fall Leo in "Die A.G." 1965 S. 353

Der Zeitpunkt, von welchem an bei einem Aktionär unternehmerisches Handeln anzunehmen ist, wird oft schwer feststellbar sein.

Eine Hilfestellung könnte hier die Rechtsprechung des RFH und BFH zur Abgrenzung zwischen reiner Vermögensverwaltung und gewerblicher Betätigung geben ¹³⁰⁾. Die zitierten Urteile sind ausschliesslich zur Frage der Abgrenzung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und der Einkünfte aus Gewerbebetrieb ergangen. Die Kriterien für die Abgrenzung zwischen Einkünften aus Kapitalvermögen und Einkünften aus Gewerbebetrieb sind jedoch, wie aus § 9 GewStDVO folgt, dieselben.

Abschluss-
voraus-
setzungen

Der Beherrschungsvertrag, auf dessen Grundlage der Gesellschaft bindende Weisungen erteilt werden können (§ 308), ändert in dieser Tragweite die rechtliche Struktur der A.G., die hinsichtlich ihrer Willensbildung und Willensverwirklichung grundsätzlich durch die Dreiteilung der Funktionen zwischen AR, HV und Vorstand - also nur gesellschaftsinterner Organe - gekennzeichnet ist ¹³¹⁾. Ohne, dass an dieser Stelle die Frage im einzelnen geklärt wird, welchem Organ welche Funktion zukommt, kann ganz allgemein festgehalten werden, dass alle aufkommenden Fragen der Gesellschaft in die Zuständigkeit von mindestens einem der genannten Organe fallen müssen.

Werden Einzelkompetenzen der Gesellschaft aus dem Organismus herausverlagert, so wird ihr rechtlicher Aufbau verändert. Zum anderen hat ein Beherrschungsvertrag - wie alle Unternehmensverträge -

130) RFH in RStBl 1938 S. 899; BFH in BStBl 1966 III S. 625; FG Münster in EFG 1969 S. 540

131) Die Begründung (Kropff S. 376) lässt es ausdrücklich offen, ob es sich um einen Organisationsvertrag oder einen rein schuldrechtlichen Vertrag handelt

eine Änderung des Zweckes für die betreffende A.G. zur Folge ¹³²⁾, denn der Zweck einer ungebundenen A.G. ist darin zu sehen, durch eigenen Betrieb eines Unternehmens für die Aktionäre Gewinne zu erzielen. Ein Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber die Dinge ähnlich gesehen hat, ist in § 293 Abs. I, Satz 4 zu sehen, demzufolge auf den Beschluss der HV, der dem Vertrag zustimmt, die Bestimmungen über die Änderung der Satzung nicht anzuwenden sind: daraus ist nicht zu folgern, dass der Abschluss eines Unternehmensvertrages vom Gesetzgeber für so nebensächlich angesehen wurde, dass eine Anwendung der Satzungsänderungsbestimmungen ihm entbehrlich erschien, dem § 293, Abs. I, Satz 4 muss vielmehr entnommen werden, dass - gäbe es ihn nicht - wegen des strukturverändernden Charakters eines Unternehmensvertrages die Satzungsänderungsbestimmungen zum Zuge zu kommen hätten. Dies ist nur deshalb für überflüssig erklärt worden, weil im Gesetz für den Abschluss von Unternehmensverträgen der Satzungsänderung entsprechende - strenge - Vorschriften vorgesehen sind ¹³³⁾. Eine dieser Bestimmungen ist in § 293 zu sehen, der das Zustimmungsbedürfnis der HV und die hierfür erforderliche Mehrheit, die der bei der Satzungsänderung erforderlichen entspricht - aufstellt ¹³⁴⁾. Die Satzung kann zwar strengere, nicht aber mildere Anforderungen aufstellen ¹³⁵⁾. Weiterhin bedarf der Vertrag der Schriftform ¹³⁶⁾, er ist von der Einberufung der HV an, die über ihn abstimmen soll, in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht auszulegen, auf entsprechenden

132) vgl. Würdinger S. 282, Baumbach-Hueck 1968, § 291, Anm. 3

133) vgl. Godin-Wilhelmi, § 293 Anm. 2

134) 75 % des erschienenen Grundkapitals

135) vgl. Baumbach-Hueck 1968, § 293 Anm. 13

136) Warnfunktion

Antrag hin ist jedem Aktionär eine Abschrift von ihm zu erteilen, weiterhin steht jedem Aktionär in der HV ein gegenüber § 131 erweitertes Fragerecht zu, das sich auch auf die Verhältnisse des anderen vertragschliessenden Unternehmens erstreckt, schliesslich ist der Vertrag vom Vorstand zur Anmeldung an das HR zu übergeben, wo dem Registerrichter nochmals ein Prüfungsrecht bezüglich des rechtmässigen Zustandekommens des Vertrages zusteht.

Bereits aus diesen äusseren Formerfordernissen kann entnommen werden, dass es sich beim Beherrschungsvertrag um ein weit über den Umfang und die Bedeutung der sonst aus dem Schuldrecht bekannten Verträge, in welchen zwei Parteien in schuldrechtliche Beziehungen zueinander treten, hinausgehendes Rechtsinstitut handelt, dem organisationsrechtliche Bedeutung ähnlich der Satzung zukommt. In dieser Sicht handelt es sich um ein Organisationsstatut, weil es den sonst im Gesetz vorgesehenen " Normalfall " der A.G. mit ihrer Funktionsverteilung beinahe ins Gegenteil verkehrt. Mit einem schuldrechtlichen Vertrag der herkömmlichen Art hat der Beherrschungsvertrag gemein, dass auch er Rechte und Pflichten zwischen den Abschliessenden begründet; im übrigen ist er aber ein - wie Würdinger ¹³⁷⁾ es nennt - " causaloser Organisationsvertrag " ¹³⁸⁾.

Der Begriff " causalos " bei Würdinger ist missverständlich, da jedenfalls nach allgemein üblichem juristischen Sprachgebrauch ein schuldrechtlicher Vertrag weniger eine causa hat als eine solche schafft. Gemeint ist von Würdinger wohl die Be-

137) S. 288

138) Vgl. Kropff in BB 1965, 1287; Würdinger in DB 1958, 1447

zeichnung " Verfügungsvertrag " im Gegensatz zum bloss schuldrechtlichen " Verpflichtungsvertrag "; denn durch den Abschluss eines Beherrschungsvertrages verpflichtet sich nicht nur die A.G., bestimmte Weisungen auszuführen, sondern ihr gesamtes Gefüge wird derart modifiziert, dass Weisungen möglich werden, deren Befolgung nicht mehr nur Ausführung einer Verpflichtung (= Vertragserfüllung), sondern Vollzug eines körperschaftsähnlichen Aktes sind.

Im weiteren werden besonders die Kautelen aufgezeigt, welche zur Sicherung solcher Personengruppen in das AktG eingefügt worden sind, deren Interessen durch die vertragliche Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit der A.G. berührt werden können. In Betracht kommen hier vor allem Gesellschaftsgläubiger und von dem Beherrschungsvertrag nicht begünstigte - als "ausserstehend" vom Gesetz bezeichnete - Aktionäre.

Vor dem Hintergrund dieser Darstellung wird dann auch das zulässige und mögliche Mass solcher Einflussnahmen deutlicher, die man bei Fehlen von Beherrschungsvertrag und Eingliederung als " nichtkonstitutionell " bezeichnen könnte.

Schutz der Gläubiger

Folgerichtig haben die Gläubigerinteressen an den Stellen besondere Berücksichtigung gefunden, wo bei einem Beherrschungsvertrag aktienrechtliche Vorschriften aufgehoben werden, die die Substanzerhaltung des Gesellschaftsvermögens zum Gegenstand haben. Hier ist an erster Stelle an den durch § 291 Abs. III aufgehobenen § 57 zu denken. Er hat die Aufgabe, den aktienrechtlichen Grundsatz der Kapitalerhaltung sicherzustellen, also für die Bewahrung dessen zu sorgen, was den Gesellschaftsgläubigern als Haftungssubstanz zum

möglichen Zugriff zur Verfügung steht. Das in dieser Vorschrift dekretierte Rückzahlungsverbot beschränkt sich nicht auf Ausschüttungen direkter Art, sondern umfasst alle Formen einer verdeckten Rückgewähr ¹³⁹⁾. So werden übermäßige Vergütungen für angebliche Leistungen eines Aktionärs (§ 61) ebenso erfasst, wie überhöhte Provisionen ¹⁴⁰⁾ und überhaupt ganz allgemein Leistungen für Rechnung eines Aktionärs ¹⁴¹⁾. Jede diesem Verbot widerlaufende Massnahme schafft ex lege einen Rückforderungsanspruch der Gesellschaft, der den gestörten Vermögensstatus wieder ausgleicht.

Ein zu starres Festhalten an dieser allgemeinen Regel würde dem Sinn von Beherrschungsverträgen und einer wirtschaftlichen, vernünftigen Konzernpolitik zuwiderlaufen; denn eine Konzernmutter wird in vielen Fällen mehr von den ihr nachgeordneten Gesellschaften erhalten, als ihr gem. § 60 zusteht ¹⁴²⁾. Somit war die genannte Suspendierung des § 57 erforderlich.

Das Korrelat für diese den aktienrechtlichen Grundsätzen der Kapitalerhaltung zuwiderlaufenden Freistellungen ist in den Sicherungsvorschriften der §§ 300 - 303 enthalten.

Wenn - wie hier vorausgesetzt - neben dem Beherrschungsvertrag keinerlei Verpflichtungen einer Gewinnabführung begründet sind, können während der Vertragsdauer Bilanzgewinne entstehen. Aus ihnen ist ein Teil in die gesetzliche Rücklage einzustellen.

139) vgl. Baumbach-Hueck, 1968, § 57 Anm. 3; Godin-Wilhelmi, § 57 Anm. 1

140) vgl. RG 143 S. 93

141) vgl. RG 146 S. 84; 149 S. 385

142) vgl. Stützel § 942; Großfeld § 29

Bei der Ermittlung dieses Betrages ist auszugehen von dem Gesamtbetrag der zu bildenden Rücklage, nämlich - falls die Satzung keinen höheren Anteil vorschreibt - mindestens $1/10$ des Grundkapitals. Dieser Betrag ist - falls Gewinne anfallen - innerhalb von 5 Jahren aufzufüllen; der jährliche Betrag ergibt mithin $1/5$. War jedoch beim Abschluss des Beherrschungsvertrages eine gesetzliche Rücklage bereits vorhanden, die nicht benötigt wird, um etwa bei Vertragsbeginn entstandene Verluste auszugleichen, dann ist dieser Betrag von dem zu bildenden Gesamtbetrag abzuziehen und die sich ergebende Differenz alsdann durch 5 zu teilen. Der sich hierdurch ergebende Teilbetrag ist jährlich in die Rücklage einzustellen. Zeigt sich nach Abzug einer bereits vorhandenen gesetzlichen Rücklage, dass die Teilung durch 5 zu einem geringeren als dem in § 150 Abs. II Ziff. 1 vorgeschriebenen Betrag führt, dann ist mindestens der in dieser Vorschrift genannte Betrag einzustellen. Der Gewinn, aus welchem die gesetzliche Rücklage zu bilden ist, wird durch den Jahresüberschuss vermindert um einen Vortrag aus dem Vorjahr gebildet ¹⁴³⁾.

Nicht geregelt ist in § 300 der Fall, dass bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages überhaupt kein Gewinn entsteht. Um einer Umgehung der Grundsätze des § 300 dadurch zu begegnen, dass das herrschende Unternehmen mit dem abhängigen nur verlustbringende Geschäfte abschliesst, bestimmt § 302 die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zur Verlustübernahme, sofern der Verlust nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den freien Rücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer eingestellt worden sind. Hierbei

143) vgl. im einzelnen § 300, Nr. 3

darf die gesetzliche Rücklage nicht angegriffen werden ¹⁴⁴⁾. Zur Vermeidung der Verwendung eines Gewinnvortrages aus dem Vorjahr zur Verlustdeckung ist der ausgleichspflichtige Jahresfehlbetrag als Rechnungsposten vor dem Gewinnvortrag aus dem Vorjahr zu buchen ¹⁴⁵⁾.

Auf den Verlustausgleichsanspruch kann von der Gesellschaft nur nach Ablauf der Frist von 3 Jahren nach Beendigung des Beherrschungsverhältnisses verzichtet werden.

Die Gläubigerschutzbestimmungen stellen sich bei näherer Überprüfung als Verwirklichung der Grundsätze der Kapitalerhaltung angepasst an die Notwendigkeiten dar, die mit dem Bestehen eines Beherrschungsvertrages sich ergeben. Diese Notwendigkeiten machen es erforderlich, dass ein herrschendes Unternehmen im Rahmen einer vernünftig verstandenen Konzernpolitik der von ihm abhängigen Gesellschaft Anweisungen gibt, die sich auch zu deren Nachteil auswirken können; dies soll jedoch nur soweit möglich sein, als gesichert ist, dass den Gesellschaftsgläubigern kein Schaden entsteht.

Abgerundet wird dieser Gläubigerschutz durch § 303, der dann eingreift, wenn ein Gesellschaftsgläubiger eine während der Vertragsdauer begründete Forderung nach Vertragsablauf - also dann - wenn die Verpflichtung der Obergesellschaft aus § 302 geendet hat, aufgreift. Danach hat das früher herrschende Unternehmen den Gläubigern der ehemals abhängigen Gesellschaft für solche Forde-

144) vgl. Würdinger S. 297

145) vgl. Würdinger aaO

rungen Sicherheit zu leisten, die vor der Eintragung der Beendigung des Vertrages in das HR entstanden sind.

Die Vorschrift ist rechtssystematisch nicht sehr glücklich: denn das Institut der Sicherheitsleistung setzt in der Regel - ihr vorausgehend - eine Haftungsnorm voraus. Eine solche fehlt bezüglich des ehemals herrschenden Unternehmens gegenüber den Gesellschaftsgläubigern jedoch selbst für die Zeitdauer des Bestehens des Beherrschungsvertrages. Gem. § 303 wird sie nunmehr verpflichtet, für eine gegen einen anderen gerichtete Forderung Sicherheit zu leisten ¹⁴⁶⁾. Zwangsweise Sicherheitsleistung - wie im hiesigen Fall - ordnet das Gesetz aber sonst regelmässig nur dort an, wo die Realisierung einer gegen einen Schuldner oder einen möglichen Schuldner gerichtete Forderung gefährdet erscheint und wo diese Gefährdung durch Sicherheitsleistung des (möglichen) Schuldners ausgeglichen werden soll ¹⁴⁷⁾. In dem den Gläubigern haftenden Vermögen der Gesellschaft ist jedoch für die Zeit von 3 Jahren nach Auslaufen des Vertrages gem. § 302 Abs. III noch der Ausgleichsanspruch gegen das ehemals herrschende Unternehmen enthalten. Es ist an sich nicht einzusehen, aus welchem Grund man die Gesellschaftsgläubiger nicht auf die Möglichkeit der Pfändung und Überweisung dieser Forderung verweisen soll.

Von der dargelegten Systemwidrigkeit abgesehen wird also der Gesellschaftsgläubiger nach Beendigung des Beherrschungsvertrages besser gestellt, als er vorher jemals gestanden hat; denn bei Vertragsbestehen hat er keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung.

146) vgl. RegE. Kropff S. 393

147) vgl. §§ 1668, 562, 572 BGB; 72, 62 EheG;
713 ZPO

e) Schutz der
aussenstehenden
Aktionäre

In ähnlichem Mass wie die Gesellschaftsgläubiger sind bei der Übertragung der Leitungsmacht auf ein herrschendes Unternehmen die sog. " aussenstehenden " Aktionäre schutzbedürftig. Ihre gesetzliche Erwähnung finden sie im § 304 Abs. I Satz 1.

Als solche sind die Anteilseigner anzusehen, die der sich unterwerfenden A.G. angehören und nicht Vertragsteil des Beherrschungsvertrages sind; denn in aller Regel wird das herrschende Unternehmen selbst als Grossaktionär an der abhängig werdenden A.G. beteiligt sein. Notwendig ist das jedoch nicht, somit ist es denkbar, dass es abhängige Aktiengesellschaften mit nur aussenstehenden Aktionären gibt. Ihnen, den aussenstehenden Aktionären, sind zuzurechnen die aussenstehenden Aktionäre eines von der abhängigen A.G. beherrschten Unternehmens, das in seinem Mehrheitsbesitz steht ¹⁴⁸⁾.

Der so umschriebene Aktionärskreis ist im besonderen Mass der Gefahr ausgesetzt, dass das herrschende Unternehmen eine Geschäftspolitik betreibt, die auf ein Aussaugen der Substanz der A.G. ausgerichtet ist ¹⁴⁹⁾.

Es ist fraglich, ob als die aussenstehenden Aktionäre schützende Vorschriften alle die Bestimmungen anzusehen sind, die der Erhaltung der vermögensmässigen Substanz der Gesellschaft im Interesse der Gläubiger zum Ziel haben ¹⁵⁰⁾.

Im Hinblick auf das Ergebnis ist das sicher nicht in Zweifel zu stellen; denn Vorschriften,

148) vgl. Godin-Wilhelmi § 309 Anm. 6; Würdinger S. 283

149) vgl. Steinitz S. 79 ff; Filbinger S. 52 ff

150) So offenbar Würdinger S. 295

die die Vermögenssubstanz der A.G. schützen, kommen fraglos auch den aussenstehenden Aktionären zu Gute, wobei es ohne Belang ist, mit Schutzrichtung auf wen die genannten Vorschriften aufgestellt worden sind. Es erheben sich hier jedoch Zweifel von der dogmatischen Seite her: §§ 300 ff wiederholen die Grundsätze der §§ 57 ff für das Gebiet der verbundenen Unternehmen, sie sind also reiner Ausfluss des Kapitalerhaltungsgrundsatzes. Dieser Grundsatz besagt aber gerade, dass das Grundvermögen der Gesellschaft den Gläubigern als Haftungssubstrat erhalten bleiben soll. Gefährdet kann dieses Schutzobjekt aber gerade durch die Aktionäre werden, wenn sie es unternehmen, sich auf verschleiertem Weg ihre Einlagen zurückzuverschaffen. Also richtet sich der Kapitalerhaltungsgrundsatz in erster Linie gegen die Aktionäre.

Infolgedessen könnte man allenfalls mit der Begründung zum RegE. ¹⁵¹⁾ festhalten, dass die §§ 300 ff im Interesse (= Schutzrichtung) der Gläubiger und der Gesellschaft erlassen worden sind - dies insbesondere dann, wenn man sich der oben dargestellten Theorie vom Unternehmen an sich anschliesst ¹⁵²⁾.

Da - wie darzutun sein wird - das herrschende Unternehmen auch schädigende Einflüsse auf die abhängige A.G. nehmen kann, müssen die möglichen Nachteile der aussenstehenden Aktionäre ausgeglichen werden. Ähnlich war der Rechtszustand bereits zu der Zeit, als das den Grundsatz der absoluten Mehrheitsherrschaft aufstellende "Hibernia" Urteil des RG ¹⁵³⁾ erging. Dieses Prinzip hat

151) Vgl. Kropff S. 388

152) Jagenburg in "Die A.G." 1965 S. 157

153) 68, 245

seine Grenze spätestens im Verbot des § 138 BGB¹⁵⁴⁾. Eine Schädigung der angedeuteten Art ohne Ausgleich wäre - auch wenn sie formal rechtlich nicht zu beanstanden gewesen wäre - eine mit dem Recht nicht zu vereinbarende Schadenszufügung in der Form des Rechts gewesen¹⁵⁵⁾. Die Rechtspflicht zur Ausgleichsleistung stellte das RG ausdrücklich jedoch erst später¹⁵⁶⁾ fest.

Auf den Boden dieser Rechtssprechung stellt sich auch die neue - sehr ins einzelne gehende - Regelung im AktG 1965¹⁵⁷⁾. So werden im § 304 ff die Ansprüche der aussenstehenden Aktionäre gesichert und ein besonderes Verfahren für ihre Durchsetzung eingeführt.

Auszugehen ist von § 304 Abs. III, wonach ein Vertrag, der keinen Ausgleich vorsieht, nichtig ist. Von diesem Erfordernis kann nur abgesehen werden, wenn z.Zt. des Vertragsschlusses die Gesellschaft keinen aussenstehenden Aktionär hat (§ 304 Abs. I Satz 3) - wenn es sich also um eine Ein-Mann A.G. handelt. Mithin wird der Gedanke des § 138 BGB in das Aktienrecht getragen¹⁵⁸⁾. Im weiteren unterscheidet das Gesetz zwischen Abfindung und Ausgleich :

a Ausgleich

Dieser besteht in einer garantierten Rendite (§ 304 Abs. I und II). Dabei unterscheidet das Gesetz für den Beherrschungsvertrag danach, ob das herrschende Unternehmen ebenfalls eine A.G. oder eine KGaA ist.

154) Vgl. Filbinger S. 52 ff

155) Filbinger aaO

156) 112, 18

157) Vgl. Kropff S. 394

158) Vgl. RG 112, 18 ff

aaa Herrschendes
Unternehmen
Ist keine A.G.

In diesem Fall ist als Ausgleich ein Mindestbetrag zu zahlen (§ 304 Abs. II). Dieser wird nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und nach ihren künftigen Ertragsaussichten unter Miteinberechnung angemessener Wertberichtigungen und Abschreibungen, aber ohne die Bildung von freien Rücklagen, ermittelt. Was aufgrund einer solcher Art angestellten Ermittlung auf die einzelne Aktie ausgeschüttet werden könnte, stellt den Mindestbetrag für die Ausgleichszahlung dar. D.h.: wird bei der beherrschten Gesellschaft kein Bilanzgewinn erzielt, dann ist dieser Betrag den aussenstehenden Aktionären als Gewinn auszuzahlen. Wird ein höherer Gewinn erzielt, als zur Entrichtung des Mindestbetrages notwendig ist, so ist dieser Gewinn und nicht etwa nur die auf den Mindestbetrag beschränkte Summe auszuschütten. Das folgt aus der Gesetzesfassung " mindestens " in § 304 Abs. II ¹⁵⁹⁾. § 57, der an sich hier auch beachtet werden müsste, kommt hinter § 304 als speziellerer Norm nicht zur Anwendung ¹⁶⁰⁾.

Ist bei der Gesellschaft ein Gewinn entstanden, reicht er aber nicht aus, um auf der Grundlage des Mindestbetrages die Ausschüttung vorzunehmen, so ist die Differenz von dem herrschenden Unternehmen zu zahlen.

Dadurch, dass freie Rücklagen bei der Berechnung des Mindestbetrages auszuschneiden haben, ist gesichert, dass das herrschende Unternehmen, sollte es in der HV die Mehrheit haben, nicht mit der einen Hand nimmt, was es mit der anderen gibt, indem es nämlich durch unzumutbar hohe Zuweisungen zu den freien Rücklagen (§ 174) nur noch

159) Vgl. Würdinger S. 293

160) Vgl. Godin-Wilhelmi § 57 Anm. 5

eine geringe oder überhaupt keine Gewinnspitze zur Verteilung kommen lässt.

Bei der Berechnung des Durchschnittsgewinns ist die Frage der Zuweisung zu der gesetzlichen Rücklage § 150 Abs. II Ziff. 1, nicht aber § 300 Ziff. 3 zu beachten, da letzterer unter Überschrift zum 3. Abschnitt des 3. Buches "Sicherung der Gläubiger" aufgeführt ist. Nicht bestimmt ist, welcher Zeitraum für die Berechnung zugrunde gelegt werden soll. Massgebend müssen aber wohl betriebswirtschaftlich-sachgemässe Grundsätze der Ermittlung sein ¹⁶¹⁾.

bbb Herrschendes
Unternehmen
A.G. oder
KGaA

Ist das herrschende Unternehmen eine A.G. oder eine KGaA, so kann als Ausgleich auch die Zahlung des Betrages zugesichert werden, der auf die Aktien des herrschenden Unternehmens mit mindestens dem entsprechenden Nennbetrag als Gewinnanteil entfällt (auch § 304 Abs. II Satz 2). Der entsprechende Nennbetrag ist dabei nach den gleichen Grundsätzen, die bei der Verschmelzung Anwendung finden, zu errechnen. Es kann nicht übersehen werden, dass diese Regelung die Gefahr der Benachteiligung aussenstehender Aktionäre in sich birgt; dies aus zwei Gründen: einmal hat das herrschende Unternehmen - wenn es eine A.G. oder eine KGaA ist - die Wahl zwischen den beiden Ausgleichsmöglichkeiten, zum anderen ist im Gesetz nichts darüber gesagt, auf welche Weise der Gewinnanteil bei dem herrschenden Unternehmen errechnet werden soll. Es erscheint daher durchaus denkbar, dass die Obergesellschaft unmässig hohe Einstellungen in ihre eigenen freien Rücklagen vornimmt und somit einem Gewinnausgleichsanspruch der aussenstehenden Aktionäre

161) Vgl. Würdinger S. 293; Godin-Wilhelm1 § 304

des abhängigen Unternehmens gleichsam den Boden entzieht. Das Anfechtungsrecht nach § 254 würde nur den Aktionären der Obergesellschaft zustehen. Je mehr sich diese aber in einer Hand befinden, umso weniger werden dort Aktionäre bereit sein, auf diesem mittelbaren Wege den Realertrag ihrer eigenen Gesellschaft zu Gunsten der aussenstehenden Aktionäre der abhängigen A.G. zu mindern. Um solchen Misständen zu begegnen, wird man ggf. auf die Rechtssprechung des RG zur Ausgleichsfrage vor Inkrafttreten des AktG 1965 zurückgreifen müssen. Wesentlich bei allen Varianten des Ausgleichs ist, dass die aussenstehenden Aktionäre sich direkt gegen das herrschende Unternehmen wenden können. Das folgt zwar nicht unmittelbar aus § 304, danach wäre nur die abhängige A.G. aktiv legitimiert, es ergibt sich aber aus § 328 Abs. I und II BGB, wonach aus den Gesamtumständen bei Beherrschungsverträgen immer zu entnehmen sein wird, dass der Begünstigte - hier die aussenstehenden Aktionäre - das Forderungsrecht direkt erwerben sollten¹⁶²⁾.

Gem. § 334 BGB kann das herrschende Unternehmen auch den einzelnen Aktionären die Einwendungen entgegenhalten, die ihm gegenüber seinem Vertragspartner, der abhängigen A.G., zustehen.

Abfindung

Als weitere Alternative der Schadlosstellung der aussenstehenden Aktionäre muss der Unternehmensvertrag gem. § 305 Abs. I die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens enthalten, auf Verlangen eines aussenstehenden Aktionärs dessen Aktien

162) Unrichtig wohl Godin-Wilhelmi im § 304 Anm.2, die dasselbe Ergebnis mit § 335 BGB begründen; denn § 335 BGB setzt bereits das Bestehen eines Vertrages zu Gunsten Dritter voraus und besagt dann weiter, dass auch der Versprechensempfänger - also hier die abhängige A.G. - das Recht zur Forderung der Leistung an den Dritten - also die aussenstehenden Aktionäre - haben soll

gegen eine im Vertrag bestimmte angemessene Abfindung zu erwerben. Was angemessen ist, wird nicht als unbestimmter Rechtsbegriff letztlich dem Richter zur Entscheidung überlassen, sondern es hat im Gesetz eine abschliessende Regelung erfahren. Danach wird wiederum nach der Rechtsform des herrschenden Unternehmens unterschieden.

aaa A.G. oder KGaA als herrschendes Unternehmen Handelt es sich bei der Obergesellschaft um eine A.G. oder KGaA, so müssen den aussenstehenden Aktionären als Abfindung eigene Aktien dieser Gesellschaft angeboten werden. Die Abfindung ist angemessen, wenn die Aktien in dem Verhältnis gewährt werden, in dem sie bei einer Verschmelzung der beiden Teile des Unternehmensvertrages gewährt werden müssten (§ 305 Abs. III Satz 1). Den ausnahmsweisen Erwerb eigener Aktien zu diesem Zweck durch das herrschende Unternehmen ermöglicht § 71 Abs. I Ziff. 3. Verfügt die Gesellschaft über genehmigtes Kapital, so ist der Vorstand der Obergesellschaft auch frei, die Möglichkeiten der Kapitalerhöhung zu diesem Zweck zu nutzen.

Ist die herrschende A.G. oder KGaA ihrerseits ein von einer Obergesellschaft abhängiges Unternehmen, so müssen deren Aktien oder eine Barabfindung angeboten werden.

bbb Herrschendes Unternehmen keine A.G. oder KGaA In allen übrigen Fällen, also insbesondere, wenn, das herrschende Unternehmen keine A.G. oder KGaA ist, ist die Möglichkeit einer Barabfindung gegeben. Dabei ist gem. § 305 Abs. III Satz 2 nur eine solche Barabfindung als angemessen anzusehen, die die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung ihrer HV über den Vertrag berücksichtigt.

cc Verstoss gegen
die Schutzbe-
stimmungen zu
Gunsten der
ausserstehenden
Aktionäre

Der Nichtbeachtung der gesetzlichen Ausgleichs- und Abfindungsregel begegnet das Gesetz mit unterschiedlicher Härte :

fehlt überhaupt eine Ausgleichsregelung, so ist der Vertrag ipso iure nichtig. Es bedarf insoweit keines richterlichen Gestaltungsaktes.

Ist die getroffene Ausgleichsregelung unangemessen, so kommt es zur richterlichen Vertragsgestaltung (§ 304 Abs. III).

Sieht der Vertrag zwar einen Ausgleich, aber keine Abfindung vor, oder ist die getroffene Abfindungsregel unangemessen, so kommt es zur richterlichen Vertragsergänzung (§ 305 Abs.V). Neben diesem weitgehenden Sonderrechtsschutz kann eine Anfechtung gem. § 243 Abs. II nicht in Betracht kommen, da das auf eine unerwünschte Zweispurigkeit des Rechtswegs hinausläufe¹⁶³⁾. Offen bleibt natürlich die Möglichkeit, bei Fehlen einer Ausgleichsregelung, also in dem Fall, wenn ipso iure die Nichtigkeit des Vertrages eintreten würde, die Gerichte anzurufen. Es darf dann allerdings keine Anfechtungsklage, sondern es muss eine Feststellungsklage gem. § 256 ZPO erhoben werden, da kein Gestaltungs- sondern ein Feststellungsurteil erstrebt wird.¹⁶⁴⁾ Die Anfechtungsklage ist grundsätzlich nur gegen vernichtbare, nicht aber gegen nichtige Akte zulässig.

f Umfang der
Leitungsgewalt

Aus einer derart ins einzelne gehenden Sicherung der Gläubiger und der ausserstehenden

163) Vgl. Würdinger S. 292

164) Man könnte aus § 304 Abs. III S. 2 auch auf die Zulässigkeit der Anfechtungsklage schliessen. (argumentum e contrario)

Aktionäre der Gesellschaft zieht das Gesetz in § 308 die Konsequenz, indem es dem herrschenden Unternehmen gestattet, der somit abhängig gewordenen A.G. Weisungen zu erteilen.

Diese Neuregelung trägt dem schon lange in der Literatur aufgestellten Postulat Rechnung, dass die Wahrnehmung von Konzerninteressen zu Lasten eines Konzerngliedes - also die schädigende Einflussnahme - Ausgleichsleistungen voraussetze ¹⁶⁵⁾. Auch Filbinger hat in seiner Untersuchung über das Verhältnis von Konzerninteressen und rechtlichen Grenzen der Mehrheits-herrschaft bereits 1942 die bloße Berufung auf das Konzerninteresse abgelehnt, weil das dem im Aktienrecht geltenden Gleichheitsgrundsatz widerspreche. Auch im Konzern habe, wenn auch nicht gleicher Rang, so doch Gleichwertigkeit der Interessen zu gelten. Diese Gleichwertigkeit sei durch Ausgleichszahlungen herzustellen ¹⁶⁶⁾.

In § 308 Abs. I Satz 2 kommt auch deutlich zum Ausdruck, dass die Interessen der Vertragspartner, also in der Mehrzahl der Fälle Konzerninteresse und Gesellschaftsinteresse divergieren können. Zu dieser Polarität hat das Gesetz Stellung bezogen, indem es - vorbehaltlich entgegengesetzter Bestimmungen im Vertrag - auch solche Weisungen zulässt, die sich schädigend auf die abhängige Gesellschaft auswirken können.

Folgerichtig wird in § 308 Abs. II eine Gehorsamspflicht des Vorstandes der Gesellschaft gegenüber den Weisungen des herrschenden Unternehmens dekretiert.

165) Hueck in RG-Praxis IV S. 175 Anm.20, S.179; S.180 Anm. 34

166) aaO S. 62 + 65; vgl. auch Mestmäcker S. 277, 347

Es fragt sich, ob es angesichts der eindeutigen Fassung des § 308 Abs. I Satz 1 noch einer solchen ausdrücklichen Niederlegung der Gehorsamspflicht im Gesetz bedurfte. Auf den ersten Blick gesehen scheint es sich hier um eine Leerformel zu handeln.

Denn mit Rücksicht auf die Stellung des Vorstandes als Geschäftsführungsorgan (§ 76) ist ein anderer Adressat für die in Frage kommenden Weisungen der herrschenden Gesellschaft nicht erkennbar. Andererseits würde der Vorstand die von ihm geleitete Gesellschaft vertragsbrüchig machen, wenn er einer gem. § 308 bindenden Weisung nicht Folge leisten würde. Er wird damit seine Pflichten und sich gem. § 93 Abs. II selbst ersatzpflichtig machen, da er einer Verbindlichkeit der von ihm geführten A.G. nicht nachkommt.

§ 308 Abs. II ist jedoch dahingehend zu verstehen, dass die Obergesellschaft sich auf Weisungen an den Vorstand zu beschränken hat und nicht etwa auch diesem nachgeordnete Verwaltungsträger mit Weisungen versehen kann. Zur Ausübung seiner Herrschaftsmacht bedarf also das beherrschende Unternehmen des " Relais " des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft.

So bedeutet § 308 Abs. II entgegen seinem Wortlaut nicht eine weitere Einschränkung der Vorstandsstellung, sondern eher eine nachträgliche Aufbesserung seiner durch § 308 Abs. I S. 2 geschwächten Position; das herrschende Unternehmen soll die abhängige Gesellschaft zwar leiten dürfen, es soll aber nicht in sie hineinregieren können ¹⁶⁷⁾.

167) Vgl. RegE Kropff S. 403; Godin-Wilhelmi § 308 Anm. 2, Baumbach-Hueck, § 308 Anm. 1

Weiterhin ist § 308 Abs. II zu entnehmen, dass durch den Beherrschungsvertrag keinerlei zu irgendwelchen Weisungen befähigende Beziehungen zwischen den anderen Organen der abhängigen Gesellschaft einerseits und dem herrschenden Unternehmen andererseits geschaffen werden¹⁶⁸⁾. Das ergibt sich, insoweit der AR betroffen ist, bereits aus § 308 Abs. III, der den Fall regelt, dass dem Vorstand des abhängigen Unternehmens eine Weisung bezüglich eines solchen Geschäfts erteilt wird, zu dessen Vornahme der Vorstand gem. § 111 Abs. IV der Zustimmung des AR bedarf. Der AR kann nun nicht etwa angewiesen werden, diese Zustimmung zu erteilen, er ist auch nicht wegen des bestehenden Beherrschungsvertrags verpflichtet, die Zustimmung zu geben¹⁶⁹⁾, sondern das Erfordernis ihrer Erteilung entfällt nach einmaliger Wiederholung der Weisung (§ 308 Abs. III Satz 2).

Dem Vorstand verbleibt weiterhin eine bedeutende Stellung in der abhängigen Gesellschaft. Er ist keineswegs das " blinde Werkzeug ", das die Praxis in der Mehrzahl der Fälle aus ihm macht, sondern er darf nur Weisungen folgen, die sich entweder zum Nutzen der von ihm geleiteten Gesellschaft oder zu dem des herrschenden Unternehmens auswirken. Keinesfalls darf er Weisungen befolgen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen. § 308 Abs. II Satz 2 lässt zwar darauf schliessen, dass er in solchen Fällen nur ein Weigerungsrecht hinsichtlich der Befolgung habe - es ist aber auf den Sinn des Gesetzes abzustellen : Danach soll, bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages, den Konzern-

168) Vgl. Würdinger S. 284; Obermüller-Werner-Winden S. 196; Godin-Wilhelmi aaO

169) So allerdings noch RegE Kropff S. 403/404

interessen im Fall der Kollision mit den Gesellschaftsinteressen der Vorrang zukommen. Wo solche Interessen aber auf keiner Seite vorhanden sind, lebt die ursprüngliche Verpflichtung des Vorstandes aus § 93 Abs. I wieder auf, die ihm anvertraute Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu führen. Das lässt sich auch aus dem Gesetz belegen : § 310 Abs. III bestimmt, dass der Vorstand für schädigende Handlungen, die er aufgrund einer Weisung des herrschenden Unternehmens vorgenommen hat, von der Haftung nach § 93 Abs. II freigestellt wird. Diese Freistellung erfolgt dann nicht, wenn er einer Weisung gefolgt ist, die für ihn nicht bindend war. Zu den nicht bindenden Weisungen zählen aber vornehmlich jene, die nicht zum Nutzen von mindestens einer der Beteiligten ergangen sind. Ferner zählen zu den ihn nicht bindenden Weisungen solche, die nicht an ihn gerichtet sind (vgl. o.); nur so ist es möglich, dem Vorstand die für die Leitung erforderliche Autorität zu sichern.

Aus dem Gesagten folgt, dass dem Vorstand sogar eine Untersuchungspflicht auferlegt ist, festzustellen, ob die angeordnete Massnahme nicht wenigstens den Nutzen von einem der Vertragspartner bewirken kann ¹⁷⁰⁾. Da er andererseits in der Regel keinen Einblick in die Angelegenheiten des herrschenden Unternehmens hat, darf diese Prüfungspflicht auch nicht überspannt werden. Folgerichtig lässt das Gesetz nur solche Weisungen für ihn nicht bindend und damit nicht entlastend sein, die " offensichtlich " keiner der beteiligten Gesellschaften nutzen.

170) aa Baumbach-Hueck § 308 Anm. 5

Es wird also eine gewisse Evidenz verlangt 171).

Die abweichende Meinung von Baumbach-Hueck besagt, dass der Vorstand der abhängigen A.G. grundsätzlich jede Weisung zu befolgen habe, auch wenn die schädigende Weisung nach seiner Ansicht nicht auch den gem. § 308 Abs. I unerlässlichen Nutzeffekt für das weisungsgebende Unternehmen habe. Der Streit geht also um die Frage, wie intensiv die angedeutete Evidenz sein muss. Baumbach-Hueck begründen ihre Meinung damit, dass es aus der Sicht des einzelnen Konzerngliedes häufig unmöglich sei festzustellen, welche Massnahme im Gesamtinteresse am meisten zu wünschen sei. Ohne die Richtigkeit des letzten Arguments in Zweifel zu ziehen, muss dem noch entgegengesetzt werden, dass das Verhältnis der weisungsberechtigten Geschäftsführung des herrschenden Unternehmens zum Vorstand der abhängigen A.G. durch den Beherrschungsvertrag nicht den Beziehungen eines Prinzipals zu seinem Untergebenen gleichzusetzen ist. Allererste Pflicht des Vorstandes einer A.G. bleibt es stets - auch bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages - die Belange der eigenen Gesellschaft im Rahmen der ihm gem. § 93 auferlegten Sorgfaltspflicht zu fördern. Von dieser Verpflichtung ist er dann - und nur dann - entbunden, wenn offensichtlich Belange des herrschenden Unternehmens durch die Ausführung einer schädigenden Weisung gefördert werden.

Unter " offensichtlich " ist dabei nicht - und nur so liesse sich die Ansicht von Baumbach-Hueck rechtfertigen -, dass für jedermann ohne nähere Prüfung die Befolgung der Weisung als schädlich

171) Godin-Wilhelmi § 308 Anm. 2

erscheint. Es bedeutet vielmehr, dass der Vorstand der abhängigen A.G. durch sorgfältige Ausschöpfung der ihm zu Gebote stehenden Mittel - notfalls durch Rücksprache mit der Geschäftsführung des herrschenden Unternehmens - sich die Gewissheit verschaffen muss, dass die angeordnete Massnahme nicht für beide beteiligte Unternehmen schädlich ist. Die Massnahme muss also mindestens den Belangen eines der Unternehmen dienen.

Die getroffene gesetzliche Regelung entspricht der Rechtsprechung zu § 250 HGB 1884, demzufolge der Vorstand Beschlüsse der GV auszuführen hatte ¹⁷²⁾. Nach ihr hatte der Vorstand trotz der dargestellten Gehorsamspflicht gegenüber der GV die Aufgabe, ihm schädlich erscheinende Beschlüsse der GV gem. § 271 HGB anzufechten. Bei Ausführung eines schädigenden Beschlusses war er nur dann entlastet, wenn die Schädlichkeit nicht ganz offensichtlich war ¹⁷³⁾.

Eine weitere Grenze findet das Weisungsrecht in § 299, wonach eine Anordnung mit satzungsänderndem Charakter unzulässig ist. Eine derartige Weisung könnte schon mangels einer hierfür gegebenen Zuständigkeit nicht in Betracht kommen (§ 179). Schwierigkeiten können sich jedoch insoweit ergeben, als es möglicherweise zu Befehlen des herrschenden Unternehmens kommen kann, Geschäfte vorzunehmen, die satzungsändernden Charakter haben. Zu denken ist hier an eine vollkommene Produktionsänderung, die den " Gegenstand " des Unternehmens, der mit Satzungsrang ausgestattet ist, betrifft. Wenn der Umfang der

172) Vgl. Staub § 250 Anm. 15

173) Vgl. Staub § 241 Anm. 1 e, 14 a;
RG 123, 22

Weisungsmacht dargelegt worden ist, so steht die Beantwortung der Frage noch offen, wie zu verfahren ist, wenn über das nach dem Vertrag und dem Gesetz erlaubte Mass hinaus Einfluss ausgeübt wird, der sich zum Schaden der Gesellschaft auswirkt.

Für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft ist das Problem bereits mit Hinweis auf § 310 gelöst worden; denn er wird von seiner Pflicht, zum Nutzen seiner A.G. zu arbeiten, nur dann haftungsbefreiend entlastet, wenn er einer bindenden Weisung nachgekommen ist. Bindend ist aber nur eine Weisung, die sich in Übereinstimmung mit Vertrag und Gesetz befindet.

Die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens beantwortet sich auch insofern einfach, als in einer Überschreitung der Weisungsbefugnis eine Verletzung des Beherrschungsvertrages zu sehen sein wird, für die nach den allgemeinen Regeln Ersatz geleistet werden muss ¹⁷⁴⁾.

Hat der gesetzliche Vertreter des herrschenden Unternehmens gehandelt und ist dieses eine juristische Person, so kommt § 31 BGB zum Zuge ¹⁷⁵⁾. § 318 kann keine Anwendung finden, da einmal die Vorschrift auf den Vorstand der abhängigen A.G. abgestellt ist und sie zum anderen nur auf Gesellschaften Anwendung findet, zwischen denen kein Beherrschungsvertrag besteht.

Der Masstab, nach welchem der Vorstand des herrschenden Unternehmens zu haften hat (beim Einzelkaufmann der Inhaber des herrschenden Unter-

174) RegE Kropff S. 404

175) Vgl. Würdinger S. 290; Godin-Wilhelmi § 309 Anm. 2

nehmens) ergibt sich aus § 309, wonach bei der Erteilung von Weisungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden ist. Es fällt auf, dass es sich hier um denselben Haftungsmasstab handelt, den der Vorstand gegenüber einer " eigenen " A.G. gemäss § 93 zu beobachten hat. Dem Geschäftsleiter des herrschenden Unternehmens wird also beim Beherrschungsvertrag gegenüber dem an sich fremden Unternehmen dasselbe Mass an kaufmännischer Rücksichtnahme abverlangt, das der Gesetzgeber beim Vorstand einer A.G. voraussetzt. Dieser Sorgfaltsmasstab ist gegenüber § 276 BGB deshalb so stark gesteigert, weil es sich - in Ansehung der aussenstehenden Aktionäre - um die Verwaltung fremden Vermögens handelt - praktisch also - wie noch auszuführen sein wird - um die Ausfüllung einer treuhandähnlichen Funktion. Darüber hinaus handelte es sich bei § 309 aber nicht nur um eine Vorschrift zum Schutz aussenstehender Aktionäre, sondern auch um eine solche zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Das ergibt sich aus § 323 Abs. I, wo nach § 309 auch im Fall der Eingliederung - also auch dann, wenn eine Einmann-A.G. vorliegt - und es keine aussenstehenden Aktionäre gibt - anwendbar ist.

Zusammenfassung

Es kann also festgehalten werden, dass es nach der neuen Regelung des AktG 1965 möglich ist, eine A.G. vollkommen unter die Botmässigkeit eines herrschenden Unternehmens zu stellen.

Aus dem dargelegten Inhalt des Beherrschungsvertrages ergibt sich auch für das gesamte AktG, was unter dem Begriff " Beherrschung " und " beherrschender Einflussnahme " und damit gleichzeitig unter dem Begriff " Abhängigkeit " zu verstehen ist (§ 17 Abs. I).

Dabei kann es sich nur um solche rechtliche oder tatsächlichen Positionen handeln, die es ihrem Inhaber gestatten, auf das Verhalten einer A.G. in ihrer Rechtsumwelt richtungsbestimmenden Einfluss auszuüben.

Das ist sicherlich - aber auch nur dann - der Fall, wenn es dem Einflussnahmebefähigten möglich ist, der Geschäftsführung der A.G. bindende Anweisungen zu erteilen.

Wenn dagegen eingewandt wird, die Existenz eines Beherrschungsvertrages stelle nur eine besonders gesteigerte Form der Abhängigkeit dar, während es auf der anderen Seite auch Abhängigkeitsverhältnisse " schwächerer " Wirkung gäbe, so muss darauf verwiesen werden, dass das einzige Kriterium für die Abhängigkeit in der Feststellung zu sehen ist, ob ein A.G.-Vorstand sich einer Einflussnahme widersetzen kann oder ob er sie - bei Vermeidung schwerwiegender Nachteile für die von ihm geleitete Gesellschaft - befolgen muss.

Der Zwang zur Befolgung bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages liegt für den Vorstand der abhängigen Gesellschaft darin, dass er bei Unbotmässigkeit seine Gesellschaft schadensersatzpflichtig macht und so letztlich eine Massnahme zum Nachteil der Gesellschaft vornimmt, die ihn seinerseits gem. § 93 II verpflichtet.

Den einzelnen gesetzlichen Vorschriften, die für die Wirksamkeit einer vertraglichen Unterstellung unter ein anderes Unternehmen zu beobachten sind, kommt der Rang von gesetzgeberischen Gestaltungsprinzipien zu, indem sie ein

ausgewogenes Verhältnis zwischen Rechtsmacht und Verantwortlichkeit aufstellen. Wichtig ist dies für die Frage der analogen Anwendbarkeit der neuen Regeln auf andere Gesellschaftsformen. Herauszustellen ist demnach :

- Das Erfordernis der Unternehmensqualität der zum Beherrschen ausersehenen Institution;
- die Billigung des Beherrschungsvertrages mit einer qualifizierten Mehrheit der Aktionäre des abhängig werdenden Unternehmens;
- das obligatorische Ausgleichs- und Abfindungsrecht der aussenstehenden Aktionäre zur Vermeidung der Aushöhlung von deren Vermögensbestand;
- der weitgehende Gläubigerschutz zu Lasten des herrschenden Unternehmens als Kompensation für dessen Möglichkeit, dem abhängigen Unternehmen die Substanz mindernde, schädigende Geschäfte aufzuoktroylern;
- die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Geschäftsführung des herrschenden Unternehmens nach demselben Masstab, wie er auf den Vorstand der unabhängigen A.G. angewandt wird;
- demgegenüber vollkommene Abhängigkeit des Vorstandes des abhängigen Unternehmens hinsichtlich der Befolgungspflicht von Weisungen, wobei diese aber nur an ihn zu richten sind und von ihm dann der " Umsetzung " in " gesellschaftseigene " Willensäußerung bedürfen;
- die eigene Prüfungspflicht des Vorstandes, ob mit der Befolgung einer Weisung wenigstens einem beteiligten Unternehmen genützt wird.

4. Eingliederung Als Form der Leitungsmacht stärkerer Wirkung kann das in §§ 319 ff geregelte Eingliederungsverfahren bezeichnet werden. Die Eingliederung ist in ihrer wirtschaftlichen Tragweite stark der Verschmelzung angenähert (§ 339), mit dem einzigen, aber bedeutsamen Unterschied, dass bei ihr zwei nach aussen hin vollkommen selbständige juristische Personen bestehen bleiben ¹⁷⁶⁾.

a Voraussetzungen der Eingliederung

Bei den beteiligten Unternehmen muss es sich auf beiden Seiten um A.G.en handeln, die ihren Sitz im Inland haben. Es ist also nicht möglich, dass sich eine GmbH einer A.G. eingliedert - wohl kann sie mit ihr einen Beherrschungsvertrag abschliessen. Diese unterschiedliche Behandlung mag - auf den ersten Blick gesehen - willkürlich erscheinen, sie wird jedoch verständlich, wenn man in ihr den bereits erwähnten verschmelzungsähnlichen Vorgang erblickt.

Gegenüber dem Beherrschungsvertrag konnte eine Steigerung des Abhängigkeitsverhältnisses nur in der Richtung erfolgen, dass man das eigenständige Prüfungsrecht des Vorstandes betreffend die Zweckmässigkeit (Nützlichkeit) der Befolgung von Weisungen eliminierte. Sie wird auch durch § 323 Abs. I Satz 2, § 308 Abs. II Satz 2 ausgeschlossen.

Weiterhin erfolgt die Eingliederung durch einen HV-Beschluss der einzugliedernden Gesellschaft. Dieser Beschluss bedarf der Bestätigung durch die HV der eingliedernden Gesellschaft. Letzterer Beschluss bedarf einer Mehrheit von 75 % des bei der Beschlussfassung zugegebenen Grundkapitals.

176) Vgl. Würdinger S. 317

Auf die Aufstellung von Mehrheitserfordernissen bei dem HV-Beschluss der einzugliedernden Gesellschaft konnte verzichtet werden, da die Eingliederung nach § 319 nur möglich ist, wenn sich die Anteile sämtlich in der Hand des eingliedernden Unternehmens befinden.

Einen Ausnahmefall behandelt § 320. Danach ist die Eingliederung auch dann möglich, wenn sich 95 % des Aktienkapitals der einzugliedernden Gesellschaft in der Hand des eingliedernden Unternehmens befinden. Hierbei sind eigene Aktien und solche, die einem anderen für Rechnung des einzugliedernden Unternehmens gehören, nicht mitzuzählen. Diese Regelung erscheint im Hinblick auf § 71 Abs. VI, wonach eine Gesellschaft aus eigenen Anteilen keine Rechte geltend machen kann, überflüssig. Es handelt sich wohl auch nur um eine Verdeutlichung.

Der wesentliche Unterschied im Ablauf des Eingliederungsverfahrens gegenüber dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages liegt demnach darin, dass den Beherrschungsvertrag der Vorstand des abhängig werdenden Unternehmens schliesst, wenn er auch zusätzlich für das Wirksamwerden des Vertrages wegen des strukturverändernden Charakters der Zustimmung der HV bedarf. Bei der Eingliederung hingegen werden alle entsprechenden Massnahmen auf der Seite des einzugliedernden Unternehmens durch die HV vorgenommen. Der Vorstand ist vollkommen ausgeschaltet.

Bei der Mehrheitseingliederung (§ 320) entsteht ebenfalls eine Einmann-A.G., die bei der Einheitseingliederung auch schon vorher bestanden hatte, da gem. § 320 Abs. IV mit dem Abschluss die Aktien der aussenstehenden Aktionäre auf die

eingliedernde Gesellschaft übergehen. Vom Zeitpunkt dieses Rechtsübergangs an kommt den ausgegebenen Aktienurkunden lediglich der Wert von Verbriefungen des Abfindungsanspruches zu (§ 320 Abs. IV Satz 2). Der Grundsatz, dass bei Inhaberpapieren dem Recht am Papier das Recht aus dem Papier folgt, wird insoweit durchbrochen¹⁷⁷⁾.

Die übrigen Voraussetzungen sind formaler Natur. und daher für die systematische Betrachtung von keinem Interesse. Hervorzuheben ist noch, dass ein Anfechtungsrecht gegen den HV-Beschluss, der die Eingliederung vollzieht, nicht nach § 243 Abs. II besteht.

Folgerichtig dem Prinzip der Einmann-Gesellschaft endet die Eingliederung auch, wenn sich nicht mehr alle Aktien der eingegliederten Gesellschaft in der Hand der eingliedernden befinden. Dieser Umstand ist dem Vorstand, da er nicht zwangsläufig davon Kenntnis erhält, mitzuteilen¹⁷⁸⁾.

b Gläubiger-
schutz

Für die Gläubiger der eingegliederten Gesellschaft besteht die Gefahr, dass aufgrund der möglichen, weitgehenden Weisungen die ihnen letztlich haftende Vermögenssubstanz der Gesellschaft aus dem Bereich der beiden verbundenen Unternehmen herausverlagert wird, so dass es u.U. zu einem "Zugriff ins Leere" kommen könnte.

Dieser Gefahr wird zunächst dadurch vorgebeugt, dass das eingliedernde Unternehmen den strengen Publizitätsvorschriften des AktG untersteht¹⁷⁹⁾.

Weiterhin ordnet § 321 an, dass die Gläubiger das

177) Vgl. Obermüller-Werner-Winden S. 208

178) § 327 Abs. I, Abs. III

179) a.A. offenbar Flume in "Aktienrechtsreform" S. 69; vgl. auch Godin-Wilhelmi Vorbem. vor § 319

Recht auf Sicherheitsleistung bezüglich von Forderungen haben, die vor der Eingliederung entstanden sind. Sicherheit zu leisten hat - binnen einer Frist von 6 Monaten nach Eintragung der Eingliederung - die eingegliederte Gesellschaft, also nicht wie in § 303 das den Einfluss ausübende Unternehmen.

Um die Durchsetzung dieses Gläubigerrechts zu gewährleisten, ist der Bekanntmachung der Eintragung in das HR die Aufforderung an die Gläubiger zur Geltendmachung dieses Anspruchs beizufügen. Zur Vermeidung einer Doppelsicherung besteht der Anspruch dann nicht, wenn den Gläubigern Konkursvorrechte zustehen (§ 321 Abs. II).

Gleichzeitig haftet vom Zeitpunkt der Eingliederung an die Hauptgesellschaft für die vor und nach der Eingliederung entstandenen Verbindlichkeiten als Gesamtschuldnerin (§ 327). Diese Haftung ist zwingend und nicht durch Vereinbarung zwischen den Eingliederungspartnern auszuschließen (§ 322).

Diese ausserordentlich scharfe und nur durch die weitgehende Einflussmöglichkeit der Hauptgesellschaft zu erklärende Haftung wird etwas abgemildert dadurch, dass die Hauptgesellschaft Einwendungen, soweit sie von der eingegliederten Gesellschaft erhoben werden können, geltend machen kann (§ 322 Abs. II). Eigene Einwendungen kann sie ohnehin vorbringen, da sie für eine eigene Schuld in Anspruch genommen wird (§ 322 Abs. I)¹⁸⁰⁾. Fernerhin stehen der Obergesellschaft die Einreden der Anfechtung und Aufrechnung zu (§ 322 Abs. III). Diese Vorschrift ist ihrer Fassung und Bedeutung nach offenbar an § 770 BGB angelehnt.

180) Vgl. Obermüller-Werner-Winden S. 211

Wegen dieser weitgehenden Haftung der Hauptgesellschaft erwiesen sich alle Gläubigerschutzbestimmungen, welche die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens im Fall des Beherrschungsvertrages notwendig machte, als nicht erforderlich ¹⁸¹⁾.

Die Konsequenz hieraus zieht § 324. Den Gesellschaftsgläubigern kann es gleichgültig sein, wie es um das Vermögen ihrer Schuldnergesellschaft steht, wenn und solange ihre Forderungen durch eine entsprechende Verbindlichkeit der nach den strengen Regeln des Aktienrechts bilanzierenden Hauptgesellschaft gedeckt sind ¹⁸²⁾.

c Interessen-
wahrung der
übrigen
Aktionäre

Ein Schutz der aussenstehenden Aktionäre kann begrifflich nur bei der Mehrheitseingliederung praktisch werden. Dem trägt § 320 Rechnung.

Die Gefahren des Verbleibens aussenstehender Aktionäre in einer eingegliederten Gesellschaft liegen derart auf der Hand, dass der Gesetzgeber die weitere Mitgliedschaft schlechthin untersagt hat (§ 320 Abs. IV). Mit dem gesetzlichen Übergang des Anteilsrechts auf die Hauptgesellschaft im Moment der Eingliederung entsteht ein gesetzlicher Abfindungsanspruch. Dieser hat in angemessener Höhe aus Aktien der Hauptgesellschaft zu erfolgen.

Ist die Hauptgesellschaft selbst abhängig, so ist nach Wahl den Aktionären eine Barabfindung, oder eine solche in Aktien der Hauptgesellschaft zu gewähren (§ 320 Abs. V).

Diese Regelung erscheint im einzelnen nicht konse-

181) Vgl. RegE Kropff Vorbem. S. 421

182) Vgl. RegE Kropff S. 428

quent durchdacht; denn in einer Vielzahl von Fällen wird die abhängige Hauptgesellschaft selbst sich zu 100 % in den Händen des sei beherrschenden Unternehmens befinden. Eine Bereitstellungspflicht von Aktien zum Zweck der Abfindung besteht aber für die im letzten Glied herrschende Gesellschaft nicht. Ebenso wenig hat der ausscheidende Aktionär einen Anspruch auf Abfindung in Aktien der die Hauptgesellschaft beherrschenden Gesellschaft ¹⁸³⁾. Insoweit ist die Regelung unterschiedlich zu der des § 305 bei einem Beherrschungsvertrag ¹⁸⁴⁾. Der Wahlanspruch des ausscheidenden Aktionärs gem. §§ 320 Abs. V, 262 BGB wird also in aller Regel inhaltslos sein, da das Hauptunternehmen lediglich den Barabfindungsanspruch wird erfüllen können.

Bei der Feststellung der Angemessenheit der Abfindung wird bei der Eingliederung das gleiche Verhältnis angewandt, wie bei der Verschmelzung. Die Barabfindung ist dann angemessen, wenn sie die Vermögens- und Ertragslage der einzugliedern den Gesellschaft im Zeitpunkt der Hauptversammlungsbeschlüsse über die Eingliederung berücksichtigt ¹⁸⁵⁾.

Eine Barabfindung sowie bare Aufzahlungen zum Zweck der Spitzenregulierung bei einer Abfindung in Aktien sind vom Zeitpunkt der Bekanntmachung der Eintragung der Eingliederung mit 5 % zu verzinsen. Hierbei muss hervorgehoben werden, dass das Gesetz die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens nicht ausschliesst (§ 320 Abs. V Satz 6). Diese Regelung lässt zwei Deutungen zu:

183) Vgl. Obermüller-Werner-Winden S. 209

184) Obermüller-Werner-Winden aaO

185) Obermüller-Werner-Winden aaO.

sie kann einmal besagen, dass als Schaden die Konsequenzen des Ausscheidens gemeint sind, die schlechthin Einfluss auf das Vermögen haben.

Es ist aber auch die Auslegung möglich, dass nur der Schaden gemeint ist, der durch die nicht pünktliche Bezahlung der Barabfindung bzw. der Aufgelder durch die Hauptgesellschaft entstehen kann.

Die Begründung des RegE schweigt zu diesem Problem. Zu beachten ist aber, dass die in § 320 Abs. V Satz 6 hinter dem Semikolon stehende Schadensregulierung ganz offensichtlich auf den vorhergehenden Halbsatz Bezug nimmt und ihn damit auch zu einer schadensregelnden Vorschrift macht: der Sinn von Satz 6 ist, die zur Zahlung verpflichtete Gesellschaft zur beschleunigten Ausfolgung des geschuldeten Betrages zu zwingen. Unterlässt sie dies, so ist sie zum Schadensersatz verpflichtet. Die Höhe dieses Betrages pauschaliert das Gesetz im Wege einer die Beweissituation des Berechtigten verbessernden Festsetzung. Hierdurch sollen allerdings nicht die Schadensersatzansprüche derjenigen beschnitten werden, die infolge günstigerer Geldanlagemöglichkeiten durch die Vorenthaltung des geschuldeten Betrages einen höheren Schaden erleiden; diesen müssen sie dann allerdings in seinem gesamten Umfang nachweisen. § 320 Abs. V Satz 6, 2. Halbsatz regelt also einen Verzugsschadensfall, wie auch ein Vergleich mit der allgemeinen Regel des § 286 Abs. I BGB ergibt ¹⁸⁶⁾.

Eine Anfechtungsmöglichkeit wegen nicht ausreichender Abfindung entfällt wiederum, wie im Fall des Beherrschungsvertrages. Sie wird vielmehr

186) Vgl. Godin-Wilhelmi § 320 Anm. 7

durch das für das Beherrschungsvertragsrecht geltende Spruchverfahren des § 306 ersetzt. Innerhalb dieses Verfahrens kann eine Herabsetzung des angebotenen Betrages oder der Abfindung durch das Gericht nicht stattfinden, dies auch dann nicht, wenn das Gericht die angebotene Ausgleichszahlung oder Entschädigung als unangemessen hoch ansieht. Das folgt zwar nicht direkt aus dem Gesetz, ergibt sich aber aus dem Charakter des Spruchverfahrens, das den Schutz des aussenstehenden oder weichenden Aktionärs zum Ziel hat.

Umfang der Leitungsmacht

Der Umfang der dem Hauptunternehmen zustehenden Leitungsmacht stellt sich wiederum als Funktion der Absicherung von Gläubigern und Gesellschaftern des eingegliederten Unternehmens dar. Weil keine Rücksichten auf aussenstehende Aktionäre genommen werden müssen - solche bleiben nicht übrig -, kann die Leitungsmacht weiter als bei einem Beherrschungsvertrag gefasst werden. Der Vorstand der eingegliederten Gesellschaft hat insbesondere nicht mehr das oben erwähnte Prüfungsrecht über die Zweckmäßigkeit einer Weisung in oben erwähntem Umang. Im übrigen kann auf die Leitungsmacht, die ein Beherrschungsvertrag gewährt, verwiesen werden.

Jedoch ist auch bei dem durch die Eingliederung begründeten Abhängigkeitsverhältnis zu beachten, dass die Leitung der eingegliederten Gesellschaft dem Vorstand im Rahmen der ihm erteilten Einzelweisungen und Richtlinien verbleibt. Er ist für sein Handeln voll eigenverantwortlich und von der ihm gem. § 93 Abs. II für gesellschaftsschädliches Handeln treffenden Haftung nur insoweit befreit, als er eine bindende Weisung befolgt hat ¹⁸⁷⁾.

187) § 323 Abs. I iVm 308 Abs. II; vgl. Würdinger S. 321

Zwar kann die Hauptgesellschaft den Vorstand der eingegliederten Gesellschaft anweisen, Vermögensübertragungen zu ihren Gunsten vorzunehmen, und zwar ohne die sonst üblichen aktienrechtlichen Beschränkungen, da gem. § 323 Abs. II die §§ 57, 58, 60 ausser Kraft gesetzt sind und entsprechende Regeln nicht bestehen, die Hauptgesellschaft ist jedoch verpflichtet, jeden bei der eingegliederten Gesellschaft entstehenden Bilanzverlust (§ 157 Nr. 32) auszugleichen, soweit er den Betrag der offenen Rücklagen übersteigt (§ 324 Abs. III). Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die offenen Rücklagen aus der Zeit vor oder nach der Eingliederung stammen ¹⁸⁸⁾.

Eine neue Rücklage braucht die Hauptgesellschaft bei der eingegliederten Gesellschaft nicht zu bilden; eine vorhandene gesetzliche Rücklage kann von ihr beliebig aufgelöst werden.

5. Beherrschungs-
vertrag und
Eingliederung
als inten-
sivste Formen
der Einfluss-
nahme

Gemeinsam ist den Instituten des Beherrschungsvertrages und der Eingliederung, dass sie allein Leitungsmacht im gesetzestechnischen Sinn verleihen. Hierbei versteht das Gesetz - wie aus der Überschrift zu § 308 und aus der Verweisung auf § 308 in § 323 deutlich wird - die rechtlich fundierte Fähigkeit eines herrschenden Unternehmens, einer abhängigen A.G. verbindliche Weisungen zu erteilen, die sich für die beherrschte Gesellschaft auch nachteilig auswirken können. Dabei hat die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft rechtlich nicht die Möglichkeit - wenn man für den Fall des Beherrschungsvertrags von der Ausnahme in § 308 Abs. II letzter Halbsatz absieht -, sich auch schädlichen Weisungen zu widersetzen. Bei einer Betrachtung unter diesem Gesichtspunkt erhellt, dass der Gesetzgeber mit den

188) Vgl. Würdinger S. 321

zwei genannten Instituten die äusserste Grenze dessen gezogen hat, was er an möglicher Einflussnahme auf A.G.en als erträglich hinzunehmen bereit war.

Sieht man entsprechend der Legaldefinition des § 18 Abs. I einen Konzern dann als gegeben an, wenn ein herrschendes und ein abhängiges Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind, so wird auch die äusserste Grenze einer möglichen Konzernherrschaft deutlich. Insofern löst das AktG 1965 durch eine begrüßenswerte Kasuistik das Konzernproblem, dem mit Hilfe des § 101 Abs. III AktG 1937 und dem unbestimmten Rechtsbegriff der "Schutzwürdige Belange" nur schwer beizukommen war 189).

Daraus folgt gleichzeitig, dass jede andere Art der Konzernausübungsmacht nicht so weit sein kann, dass sie Grenzen entweder hinsichtlich der rechtlichen Befolgungspflicht der abhängigen Gesellschaft oder hinsichtlich des zulässigen Masses an Machtausübung anerkennen muss.

Im Weiteren wird daher versucht, die verschiedenen Möglichkeiten aufzuzeigen, die geeignet erscheinen, Konzernmacht zu verleihen.

II Mitgliedschaftsrecht als Möglichkeit der Einflussnahme

1. § 311 als Auf-
fangvor-
schrift

Aus § 311 kann entnommen werden, dass es Abhängigkeitsverhältnisse gibt, die weder auf einem Beherrschungsvertrag noch auf einer Eingliederung beruhen. In § 311 Abs. I spricht das Gesetz von "veranlassen", wohl um das minderschwere Gewicht dieser Einflussnahmen gegenüber der Leitungsmacht klarzulegen.

189) Vgl. auch Müller-Erzbach S. 88, 89

Allerdings setzt dieser Begriff eine gewisse Nachdrücklichkeit voraus. Es kann sich also nicht um bloße unverbindliche Anregungen handeln, da sonst die Sanktion des § 317 unverständlich wäre ¹⁹⁰⁾. An das Erfordernis der Nachdrücklichkeit werden jedoch von Leo ¹⁹¹⁾ keine besonderen Anforderungen gestellt. Nicht notwendig soll ein "massives Eindringen" auf den Vorstand sein. Allerdings soll nach ihm die bloße Aufstellung von Richtlinien nicht ausreichen ¹⁹²⁾.

Die Vorschrift des § 311, der eine schädigende Einflussnahme durch einen Dritten auf eine A.G. zum Gegenstand hat, kann am ehesten durch eine Gegenüberstellung mit § 93 Abs. I erkannt werden: die schädigenden Einflussnahmen werden sich in aller Regel an den Vorstand der A.G. wenden. Dieser seinerseits hat gem. § 93 Abs. I die Verpflichtung, die Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordnungsgemässen Geschäftsführers zu leiten. Er hat also Schaden von ihr abzuwehren. Wenn § 311 nun von schädigenden Einflussnahmen spricht und solche Einflussnahmen in § 317 sogar sanktioniert, so muss es sich um "Veranlassungen" handeln, denen sich der Vorstand schwer oder gar nicht entziehen kann. Die Rechtsprechung des RG ¹⁹³⁾ sah die Grundlage für solche Einflussnahmen vornehmlich in der Mehrheitsbeteiligung. Auf der gleichen Ebene liegt die unwiderlegliche Vermutung des § 15 Abs. II AktG 1937. Es muss daher untersucht werden, ob § 15 AktG 1937 und § 17 AktG 1965 nicht eine allzu unkritische Übernahme der Vorschrift des § 226 Abs. IV HGB 1884 darstellt ¹⁹⁴⁾.

190) Leo in "Die A.G." 1965, 357

191) aaO

192) aa Godin-Wilhelmi § 311 Anm. 2, zweifelnd Baumbach-Hueck 68, § 311, Anm. 7

193) 167, 49 ff

194) § 226 Abs. IV galt immerhin z.Zt. eines Rechtszustandes, der die GV zum "obersten Organ" machte (vgl. S. 14/15)

Die herrschende
Meinung zur Be-
deutung der
Mehrheitsbe-
teiligung

Das AktG 1965 beschränkt sich in § 16 auf eine Klärung der Frage, wann ein Mehrheitsbesitz vorliegt. Es legt die Voraussetzungen einer Mehrheitsbeteiligung dar und gibt in den folgenden Absätzen einen Berechnungsmodus. Entgegen der Absicht des RegE wird aus der Mehrheitsbeteiligung jedoch nicht die Folgerung gezogen, dass sie stets ein Abhängigkeitsverhältnis erzeuge - dies insbesondere, weil es Unternehmen gibt, die wegen der Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien oder wegen vertraglicher Abmachung über die Ausübung des Stimmrechts ihre Mehrheit nicht ausnutzen¹⁹⁵⁾.

In § 17 Abs. II wird aber die - widerlegliche - Vermutung aufgestellt, dass ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen auch abhängig ist. An den Tatbestand der Mehrheitsbeteiligung für sich genommen knüpft das Gesetz keine nennenswerten Folgen¹⁹⁶⁾ - es nimmt an keiner Stelle auf sie Bezug -, sondern es verweist immer nur auf "abhängige Unternehmen"¹⁹⁷⁾. Die h.M. steht ganz Überwiegend auf dem Standpunkt, dass die Mehrheitsbeteiligung den klassischen Fall eines Abhängigkeitsverhältnisses begründe. Zur Widerlegung der Vermutung des § 17 Abs. II wird ganz Überwiegend gefordert, es müsse ein schriftlicher Vertrag des Inhalts vorliegen, dass die Mehrheitsbeteiligung nicht ausgenutzt wird¹⁹⁸⁾. Auf dem Standpunkt, dass die Mehrheitsbeteiligung gleichzeitig eine Abhängigkeit erzeuge, steht auch Rasch¹⁹⁹⁾, wenn es dort heisst :

195) so Protokolle ü.d. Ausschussberatungen
vgl. Kropff S. 28, 29, 31

196) vgl. Baumbach-Hueck, § 16, Anm. 9

197) vgl. Godin-Wilhelmi, § 16, Anm. 6

198) vgl. Leo in "Die A.G." 1965, 358; Geßler
in DB aaO, Filbinger S. 23

199) alte Auflage S. 37

"das mit der Beteiligung verbundene Stimmrecht ist aber rechtlich betrachtet das eigentliche Mittel der Beherrschung einer Gesellschaft, das eigentliche Mittel auch für die Ausübung einer Konzernherrschaft". Ähnliche Bestrebungen traten auch in den Ausschüssen zutage, wo teilweise gefordert wurde, die Widerlegung der Vermutung des § 17 Abs. II habe durch eine entsprechende Satzungsbestimmung der betreffenden Gesellschaft zu erfolgen ²⁰⁰⁾.

Mit dieser Aussage kann es bei der Untersuchung nicht sein Bewenden haben; insbesondere ist der Inhalt der Beteiligung, die als derart "machtverleihend" aufgefasst wird, herauszuschälen. Wenn Rasch ²⁰¹⁾ die Feststellung trifft, die Mehrheitsbeteiligung sei "rechtlich betrachtet" das zur Beherrschung probate Mittel, so kann dem zweierlei entnommen werden: Einmal, dass es im Aktienrecht keine andere rechtliche Art der Einflussausübung gibt, zum anderen, dass es darüber hinaus auch noch tatsächliche Beherrschungsmöglichkeiten gibt.

Nach Inkrafttreten des AktG 1965 kann die erste Folgerung aus dem Zitat nur offenbar mit der Einschränkung zutreffen: Sofern keine Eingliederung oder kein Beherrschungsvertrag vorliegen; denn dabei handelt es sich - wie nachgewiesen - um geradezu klassische Fälle rechtlicher Einflussnahme.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Mehrheitsbeteiligung entsprechend der gesetzlichen Vermutung in § 17 Abs. II und der h.M. eine derartige Herrschaftsmacht verleiht.

200) Vgl. Kropff S. 29

201) aaO

Inhalt der
aktienrecht-
lichen Betel-
ligung

Die aktienrechtliche Beteiligung drückt sich zunächst in der dem Aktionär ausgehändigten Aktienurkunde aus. Sie hat damit eine wertpapierrechtliche Seite. Sie bezeichnet ferner durch die Stückelung auf einen bestimmten Bruchteil des Grundkapitals (§ 6) wirtschaftlich die jeweilige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ²⁰²⁾. Diese Seiten der aktienrechtlichen Mitgliedschaft sind jedoch ohne Bedeutung für die Mitwirkungsmöglichkeit des einzelnen Aktionärs bei der Lenkung der Geschicke der Gesellschaft.

In diesem Bereich ist die dritte Eigenschaft der Aktie - nämlich die der Mitgliedschaft - bedeutsam. Diese wiederum zerfällt in zwei Teile, von denen der eine, nämlich der Anspruch auf Dividende und auf einen Teil des Gesellschaftsvermögens bei Auflösung der Gesellschaft als rein vermögensrechtlich nicht interessiert. Von Bedeutung kann hier nur die von Hueck ²⁰³⁾ sog. personenrechtliche Seite der Aktienbeteiligung sein, die dem Aktionär gewisse " Herrschafts- und Mitwirkungsrechte " bietet ²⁰⁴⁾. Diese Rechte drücken sich in der Stimmbefugnis aus ²⁰⁵⁾.

Es sind diese Rechte allein, die - soweit ein Einfluss von der Beteiligungsseite her gemeint ist - ihrer Natur nach als rechtliche Möglichkeit geeignet sein können, einer A.G. ein bestimmtes Verhalten aufzuzwingen, mithin zur Ausübung eines solchen Einflusses verwendbar sind, den § 311 zunächst anspricht.

202) Hueck, § 22, II, 1

203) aaO

204) Hueck, § 22, II, 2; Würdinger S. 46

205) Mehrstimmrechtsaktien sind gem. § 12 Abs. II nunmehr zulässig (vgl. aber § 5 EGAktG)

Es wird im allgemeinen Sprachgebrauch so häufig über das " Beherrschen einer A.G. durch Mehrheitsbeteiligung " oder auch " Aktienpakete " ²⁰⁶⁾ gesprochen, dass es angezeigt erscheint, das persönliche Mitgliedschaftsrecht seinen einzelnen Funktionen nach aufzugliedern. Denn denknöwendigerweise kann die Mehrheitsbeteiligung nur die Summe, nicht aber die Potenzierung der Einzelbefugnisse bewirken : ²⁰⁷⁾ dies jedenfalls solange, als man vom Fall des § 319 absieht, wo an das Vorhandensein einer bestimmten Mehrheit eine direkte Einflussfolge geknüpft wird ²⁰⁸⁾.

4. Die HV als Forum der Geltendmachung des aktienrechtlichen Mitwirkungsrechts

Gem. § 118 Abs. I üben die Aktionäre ihr Mitgliedschaftsrecht in der HV aus, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Es ist damit herausgestellt, dass grundsätzlich nicht der Aktionär als solcher, sondern nur als Teil des von ihm mitgebildeten Organs " HV " Einfluss ausüben kann ²⁰⁹⁾.

Im Rahmen der Untersuchung kommt hierbei den Rechten schwerwiegendere Bedeutung zu, bei denen sich in der HV die Mehrheit gegenüber der Minorität durchsetzen kann. Unter den nicht in diese Kategorie fallenden Befugnissen soll das Auskunftsrecht (§§ 131, 132) deshalb hier erwähnt werden, weil es die Öffentlichkeit so eingehend und nachhaltig beschäftigt. Es wird weitgehend die Ansicht vertreten ²¹⁰⁾, § 131 enthalte gegenüber § 112 AktG 1967 eine Stärkung der Position des Aktionärs ²¹¹⁾.

206) Vgl. Würdinger S. 71

207) Vgl. auch Jagenburg in "Die A.G." 1965 S. 193

208) Vgl. Würdinger aaO, der an dieser Stelle der Mehrheitsbeteiligung keine rechtliche Eigentümlichkeit beimisst

209) Vgl. Wilhelm in "Die A.G." 1965, 153

210) Vgl. Godin-Wilhelm, § 131 Anm. 1

211) Vgl. Wilhelm in "Die A.G." 1965, 155

Zunächst ist festzustellen, dass eine so wesentliche Erweiterung des Auskunftsrechts nicht eingetreten ist. Konnte gem. § 112 AktG 1937 Auskunft dann verlangt werden, wenn es sich um eine Angelegenheit handelte, "die mit dem Gegenstand der Verhandlung im Zusammenhang stand", so heisst es nunmehr, dass die Auskunft zur "sachgemässen Beurteilung des Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich sein muss". Dies bedeutet zwar eine redaktionelle Straffung, aber keine wesentliche Verbesserung. Eher bedeutet es - so auch die amtl. Begründung ²¹²⁾ eine Einschränkung. Auch die Aufzählung der Verweigerungsgründe in Abs. 3 dient mehr der Klarstellung, denn der Erweiterung gegenüber der Generalklausel des § 112 Abs. III AktG 1937. Neu ist das eigene gerichtliche Durchsetzungsverfahren bezüglich des untersuchten Rechts. Die Erhöhung des praktischen Werts würde gleichzeitig eine Steigerung des inneren Gehalts des Rechts im Gefolge haben.

Bei der Frage der Tauglichkeit dieses Rechts als Mittel der Einflussnahme kann es nur hinsichtlich seiner möglichen praktischen Auswirkung auf die Haltung des Vorstandes von Bedeutung sein, eine direkte Einflussnahmemöglichkeit schafft es nicht. Als Recht ist es nur im Zusammenhang mit den noch zu untersuchenden Kompetenzen der HV zu sehen, deren sinnvoller Wahrnehmung es dienen soll ²¹³⁾.

In diesem Licht gesehen liegt die Bedeutung des Auskunftsrechts darin, dass der Vorstand durch seine Existenz angehalten wird, bei seiner Geschäftsführung nur solche Massnahmen zu treffen,

212) Kropff S. 185

213) Vgl. RegE Kropff S. 184; Würdinger S. 142

die er bei der Geltendmachung des Auskunftsrechts in der HV ohne Scheu offenbaren kann. Letztlich ist es also nur geeignet, den Vorstand nochmals auf die sich für ihn ergebenden Verpflichtungen aus § 93 hinzuweisen. Eine gewisse Stärkung des einzelnen Aktionärs ist durch die neue Vorschrift des § 131 Abs. IV eingetreten. Wenn der Vorstand gewissen Gruppen von Aktionären (= Grossaktionären) Auskunft über Gegenstände gegeben hat, hinsichtlich derer er sich in der HV auf § 131 Abs. III berufen konnte, so entfällt in der HV das Versagungsrecht gegenüber jedem Aktionär.

Das Auskunftsrecht könnte vielleicht als Hinweis dafür genommen werden, dass die HV weit davon entfernt ist, oberstes Organ der A.G. zu sein²¹⁴⁾, denn in Gesellschaftsformen, in denen der Versammlung der Anteilsinhaber (vgl. eG, GmbH) eine derartige Vorzugsstellung zukommt, ist von einem Auskunftsrecht nicht die Rede, es wird vielmehr vorausgesetzt.

Die übrigen Einzel- und Minderheitsrechte sind für die Untersuchung einzeln genommen kaum von Belang, wenn ihnen auch in ihrem Zusammenwirken eine gewisse Bedeutung nicht abgesprochen werden kann. Zu erwähnen sind hier: § 122 (Einberufung der HV durch eine qualifizierte Minderheit); § 125 Abs. IV (Recht des Aktionärs auf Mitteilung der in der HV gefassten Beschlüsse gegenüber dem Vorstand); § 175 Abs. II (Recht auf Erteilung einer Abschrift des Jahresabschlusses); § 245 (Anfechtungsrecht); § 98 (Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die für die Zusammensetzung des AR anzuwendenden Bestimmungen); § 85 (Antrag auf gerichtliche Bestellung eines Vorstandsmitgliedes). Erwähnt sei noch das mit

214) Wie es im Aktienrecht des HGB 1883 der Fall war, vgl. Fischer S. 230

dem Besitz von Namensaktien möglicherweise verbundene Recht zur Entsendung von Mitgliedern in den AR (§ 101 Abs. II).

Es ist unschwer ersichtlich, dass es sich bei den vorerwähnten Kompetenzen zumeist um für die Frage der Beeinflussung ohnehin nicht entscheidende Antragsrechte handelt - soweit ausnahmsweise ein Aktionär ein Recht zur Entsendung von AR-Mitgliedern hat, würde er einem Grossaktionär gleichstehen, der vermittelt seiner Mehrheit in der HV ohnehin die Zusammensetzung des AR bestimmen kann; die Frage des damit verbundenen Einflusses kann also an anderer Stelle erörtert werden ²¹⁵⁾.

Es erhebt sich aber die Frage, ob mit Rücksicht auf § 119 Abs. II, wonach die HV über Fragen der Geschäftsführung nur aufgrund einer entsprechenden Initiative des Vorstandes entscheiden kann, in den Einzelbefugnissen der HV geschäftsführungsbefugnis- oder ähnliche Kompetenzen gesehen werden können; denn § 119 Abs. II enthält keinen weiteren Vorbehalt, etwa der Art "... soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt ...".

§ 119 Abs. II lässt jedoch durchaus die Auslegung zu, dass die HV eben zur Führung der Geschäfte nicht befugt ist - nach dem Wortlaut des § 119 Abs. II wäre es durchaus möglich, die der Geschäftsführung vorhergehenden Momente - also auch die der Willensbildung, wie die Führung aussehen solle - der HV zu belassen. So verstanden käme dem § 119 Abs. II nur die Bedeutung zu, dass es zu jeder die Geschäftsführung betreffenden Massnahme der HV eines " Umsetzungsaktes " durch den hier-

215) Darüber hinaus sei angemerkt, dass gem. § 101 das Entsendungsrecht nur in Ansehung von höchstens einem Drittel der AR-Mitglieder bestehen kann

zu allein zuständigen Vorstand bedürfe. Dass bei der Eingliederung und dem Vorliegen eines Beherrschungsvertrages die Lage ähnlich ist, weil der angewiesene Vorstand die Weisung noch in einen Willensakt der A.G. "ummünzen" muss, wurde bereits oben unter I) nachgewiesen. Demnach liesse die Fassung des § 119 Abs. II durchaus eine Richtlinienkompetenz der HV zu.

Bedenken gegen eine Untersuchung der Einzelkompetenzen der HV auf ihren geschäftsführungsähnlichen Charakter bestehen also von dieser Seite her zunächst nicht.

a Das Recht zur
AR-Wahl

Als eines der vornehmsten Rechte der HV ist die Befugnis anzusehen, die Mitglieder des AR zu wählen (§§ 101 Abs. I, 119 Abs. I) - soweit nicht der hier nicht interessierende Fall einer Bestallung nach dem Mitbestimmungs- oder dem Betriebsverfassungsgesetz und soweit nicht eine Entsendung gem. § 101 Abs. II in Betracht kommt. Im Regelfall erfolgt die Wahl durch die HV. Sie stellt einmal den körperschaftlichen Akt der Bestellung als auch das Vertragsangebot zum Abschluss des Anstellungsvertrages dar (je nach Frage der Honorierung: Dienstvertrag oder Auftrag §§ 611, 662 ff BGB)²¹⁶⁾. Streit herrscht darüber, wer bei diesem Vertragsabschluss die Gesellschaft vertritt. In Betracht kommen sowohl der Vorstand als auch die HV.

Für die Zuständigkeit des Vorstandes spricht seine allumfassende Vertretungsbefugnis nach aussen (§ 76 Abs. I). Dagegen spricht der Umstand, dass sich der Vorstand weigern könnte, mit einem ihm nicht genehmen AR den Anstellungsvertrag abzu-

216) Vgl. Rasch S. 111; Schlegelberger-Quassowski § 87 Anm. 9

schliessen. Der Vorstand könnte dann regelmässig nach § 104 vorgehen und auf eine Bestellung durch das Gericht dringen und somit praktisch das Recht der HV zur AR-Wahl paralysieren.

Ein solches Ergebnis würde den §§ 119 Abs. I, 101 Abs. I zuwiderlaufen und ist daher abzulehnen. Wenn das Gesetz der HV das Recht zur AR-Wahl zugesteht, so muss diese auch als ermächtigt gelten, alle mit der Bestellung im Zusammenhang stehenden Rechtsgeschäfte vorzunehmen²¹⁷⁾. Besondere Erwähnung verdient an dieser Stelle die Feststellung, dass die 3/4-Mehrheit der HV den AR jederzeit - ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes - abberufen kann (§ 103 Abs. I S. 1). Der AR muss sich also - will er im Amt verbleiben - bei seiner Amtsführung stets das Wohlwollen der HV-Mehrheit erhalten.

Bei der Erforschung des inneren Wertes des AR-Wahlrechts²¹⁸⁾, das nach der hier vertretenen Auffassung auch bis zum Vertragsabschluss²¹⁹⁾ reicht, müsste nach den dem so bestellten AR zustehenden Rechten gefragt werden. Es würde sich dabei dann um eine mittelbare Einflussnahme über den vollkommen von der HV abhängigen AR auf die Geschäftsführung handeln, die an anderer Stelle zu untersuchen sein wird. Man denke hier insbesondere an § 84 Abs. 1 S. 1, wonach der Vorstand auf max. 5 Jahre bestellt werden kann.

217) aaO. Leo in "Die A.G." 1957, 265; Baumbach-Hueck § 87 Anm.3; Baumbach-Hueck 1968 § 101 Anm.7; so aber Godin-Wilhelmi, § 101 Anm.2; Schmidt-Meyer-Landrut, § 87 Anm.9; RG 63, 208; so wohl auch Schlegelberger-Quassowski, § 87 Anm.11; die Wahl und Anstellungsvertrag als "einheitliches Ganzes" ansehen. Vgl. im übrigen zum Innenverhältnis zwischen AR und Vorstand, Godin-Wilhelmi aaO.

218) In Wirklichkeit handelt es sich mit Rücksicht darauf, dass es - entgegen diesbezügl. Bestrebungen bei den Beratungen zum AktG - keine Listenwahlen oder Minderheitsvertretungen gibt, um ein Bestellungsrecht (vgl. Wilhelmi in "Die A.G." 1965, 154; vgl. Kropff S. 138).

219) Auftrag oder Dienstvertrag

Das gleiche gilt für die Aktionäre, die in Ausübung des Sonderrechts ²²⁰⁾ der Entsendung in den AR bei der Bestellung mitwirken; denn unterschiedlich ist hier nur die Natur des körperschaftlichen Aktes, nicht aber dessen Ergebnis.

Hervorhebung verdient jedoch die Feststellung, dass die HV nur den AR, nicht aber den Vorstand zu bestellen imstande ist (§ 84). Diese Bestimmung ist auch nicht durch die Satzung abdingbar (§ 23 Abs. IV).

b Entscheidung
über Verwendung
des Bilanzge-
winns

Gem. § 119 Abs. II Ziff. 2 entscheidet die HV über die Verwendung des Bilanzgewinns. Konkretisiert wird dieses Recht in § 174.

Ob hierin ein massgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zu sehen ist, hängt einmal davon ab, was als Bilanzgewinn angesehen werden kann, zum anderen davon, wie frei die HV bei der Verteilung des Gewinns ist. Denn wenn die HV frei über den Bilanzgewinn verfügen könnte und dieser sich als der rein technische Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben darstellt - wenn also alle in der Gesellschaft erwirtschafteten Mittel zur Disposition der HV stünden -, so während Geschäftsleitung auf einem Gebiet von hervorragender Wichtigkeit die Hände gebunden und sie wäre in der Tat bei allen Entscheidungen weitgehend von der HV-Mehrheit abhängig. Denn hiermit steht in unlösbarem Zusammenhang die Frage der Rücklagenbildung. Diese ist aber eine Unternehmensentscheidung, die in die Verantwortung des Vorstandes als dem leitenden und des AR als dem kontrollierenden und beratenden Organ der Gesellschaft gehört ²²¹⁾. Der Vorstand wäre dann gehindert, bei der Reservenbil-

220) Es handelt sich hier um das einzige Sonderrecht i.S. von § 35 BGB

221) Vgl. Wilhelmi in "Die A.G." 1965, 15^b

dung so zu verfahren, wie es kaufmännischen Grundsätzen, zu deren Anwendung er gem. § 93 Abs. I verpflichtet ist, entspricht.

aa Bindung der
HV an den
Jahresab-
schluss

Aus § 174 Abs. I Satz 2 ist jedoch zu entnehmen, dass die HV bei der Verteilung des Bilanzgewinns an den " festgestellten Jahresabschluss " gebunden ist. Dieser Feststellung geht die Aufstellung der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung gem. § 148 durch den Vorstand voraus. Hierbei ist der Vorstand nicht mehr so frei wie zur Zeit der Geltung des AktG 1937: Galt damals lediglich zum Schutz der Gläubiger das Überbewertungsverbot (§ 133 Abs. I AktG 1937), so führt das AktG 1965 auch ein Niederstwertprinzip ein (§ 153 Abs. IX), indem dort ausschliesslich vom Anschaffungswert die Rede ist. Hierdurch soll eine dividendenunfreundliche Bildung von stillen Reserven durch die Verwaltung vermieden werden ²²²⁾; Eine verbotswidrige Überbewertung hat automatisch gem. § 256 Abs. V Nr. 1 die Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses zur Folge. Bei einer unzulässigen Unterbewertung ist dies unter den Voraussetzungen des § 256 Abs. V Nr. 2 der Fall, nämlich dann, wenn durch die Unterbewertung die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft vorsätzlich unrichtig wiedergegeben wird oder wenn die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft verschleiert wird. Zur Vermeidung unzulässiger Unterbewertungen ist im Gesetz in §§ 258 - 261 die Möglichkeit einer eigenen Sonderprüfung vorgesehen. Es wird deutlich, dass insoweit die Stellung des Vorstandes gegenüber dem AktG 1937 geschwächt worden ist, diese Schwächung aber nicht zu Gunsten der HV oder des AR erfolgte - es sind nicht Zu-

222) Vgl. Würdinger S. 158; Geßler in " Die A.G. " 1965, 347

ständigkeiten, die früher bei ihm lagen, auf eines der genannten Organe übergegangen -, sondern die dem Vorstand vom Gesetz eingeräumte Ermessensfreiheit bei der Amtsausübung ist in dem Bewertungspunkt eingeschränkt worden. Damit ist die Möglichkeit zur Bildung von stillen Reserven eingeschränkt ²²³⁾, wenn auch nicht vollkommen ausgeschlossen. Immerhin kann grundsätzlich darüber befunden werden, ob Aktivposten überhaupt angesetzt werden sollen. Weiterhin dürfen die steuerrechtlich zulässigen niedrigeren Werte angegeben werden ²²⁴⁾. Für die Bildung von freien Rücklagen sind die Rechte der HV also erweitert. Wird - so sieht es in § 172 der Regelfall vor - der so zustande gekommene Jahresabschluss durch den AR gebilligt, so gilt dieser als festgestellt.

Bei der Bildung von freien Rücklagen ist die Verwaltung wiederum nicht mehr so frei wie im AktG 1937. Dort kam gem. § 52 Satz 1 Halbs. 2 i.V. m. 54 Abs. II Halbs. 1 nur der Gewinn zur Verteilung, der sich aus der - von Vorstand und AR festgestellten - Jahresbilanz ergab.

Gem. § 58 Abs. II kann bei der Feststellung des Jahresabschlusses durch Vorstand und AR maximal die Hälfte des Jahresüberschusses in die freien Rücklagen eingestellt werden. Die Satzung kann zwar einen höheren Prozentsatz zulassen; dies jedoch nur so lange, als die freien Rücklagen die Hälfte des Grundkapitals noch nicht übersteigen. Hierdurch soll es vor allem neugegründeten Gesellschaften ermöglicht werden, während der ersten Zeit ihres Bestehens die notwendigen Mittel zur Verfügung zu haben ²²⁵⁾.

223) Vgl. Würdinger S. 158; Geßler in "Die A.G." 1965, 347; Esser in "Die A.G." 1965, 315 f

224) Vgl. Baumbach-Hueck 1968, § 153 - 156 Anm.6

225) Vgl. Ausschussberatungen bei Kropff S. 77

Die Neuregelung ist wohl als Prinzip des geltenden Rechts dahin zu verstehen, dass der Komplex der Gewinnverwendung zu den Zuständigkeiten der HV gehört ²²⁶⁾ und in zweiter Linie als Instrument zur Sicherung des Unternehmens anzusehen ist ²²⁷⁾. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist jedoch nicht nur - wie jeder Kompromiss - mit Mängeln behaftet, sondern sie erscheint auch im Hinblick auf die grundsätzlichen Entscheidungen des Aktienrechts arbiträr und sogar systemwidrig: Wenn die tatsächlichen Verhältnisse z.B. in den USA heute so sind, dass im Durchschnitt die freien Rücklagen in den Gesellschaften dort 160 - 180 % des Grundkapitals betragen ²²⁸⁾ - in Deutschland dieser Satz aber nicht einmal von einer Gesellschaft der Bedeutung des VW-Werkes erreicht wird ²²⁹⁾ -, so erscheint die Beschränkung auf 50 % des Jahresüberschusses als willkürlich und durch keine sachliche Überlegung gerechtfertigt. Abgesehen davon, dass der notwendige Anteil von Eigenmitteln in einer A.G. von Geschäftszweig zu Geschäftszweig verschieden ist - er wird z.B. in der Fertigungsindustrie immer grösser sein als in einer reinen Handelsgesellschaft - und es daher nicht gerechtfertigt erscheint, eine für alle A.G.en verbindliche Regelung aufzustellen, ist die Frage nach dem Betrag, der in die freien Rücklagen einzustellen ist, eine solche, die sich an den betrieblichen Erfordernissen der Einzelgesellschaft zu orientieren hat - also eine unternehmerische. Als solche gehört sie aber - wie bereits angedeutet worden ist und auch noch weiter auszuführen sein wird - mit Rücksicht auf §§ 76, 77, 119 Abs. II wohl eher in den Bereich des Vorstandes.

226) Vgl. Nachweis bei Jagenburg in "Die A.G." 1965, 166

227) Vgl. Jagenburg aaO mit weiteren Hinweisen

228) Vgl. Jagenburg aaO

229) Vgl. Jagenburg aaO

Grundsätzlich setzt dann erst nach Feststellung des Jahresabschlusses die Zuständigkeit der HV ein, die im Rahmen der Bestimmungen des § 179 Abs. II Ziff.1-5 über die Verwendung des Bilanzgewinns zu beschliessen hat.

Hier sind gewisse Zuständigkeiten, die Einfluss auf die Geschäftsführung haben können, ersichtlich; denn Gewinnverteilungsbeschluss und festgestellter Jahresabschluss, welcher, wie sich aus § 170 Abs. II ergibt, Entscheidungen über dieselben Positionen enthält, können durchaus voneinander abweichen.

Wenn das Gesetz in § 174 Abs. II fordert, dass der Gewinnverteilungsbeschluss keine Änderung des festgestellten Jahresabschlusses beinhalten darf, so bedeutet das nicht, dass in Ansehung der genannten Positionen die Beschlüsse auch gleichlautend sein müssen; denn dann wäre die HV bei der Gewinnverteilung in der Tat ohne jeden Einfluss und ihrer Zuständigkeit käme insoweit nur formale Bedeutung zu. § 174 Abs. II ist daher so aufzufassen, dass der festgestellte Jahresabschluss hinsichtlich seiner wertmässigen Feststellungen und besonders der Position 28 nach § 157 Abs. I (= ausgewiesener Jahresüberschuss) als unveränderbare Grundlage für den Gewinnverteilungsbeschluss zu gelten hat. Danach kann aber die HV durchaus grössere Rückstellungen oder Gewinnvorträge beschliessen. Sie kann aber nicht festgestellte Rückstellungen, die entsprechend den gesetzlichen Vorschriften zustande gekommen sind, auflösen und aufgrund der somit neuen Tatsachen Gewinnverteilungsbeschlüsse vornehmen. In diesem Fall würde der festgestellte Jahresabschluss in verbotswidriger Weise verändert ²³⁰⁾.

230) Vgl. Godin-Wilhelmi § 174 Anm. 4 + 5
Baumbach-Hueck 1968 § 58 Anm. 16

Somit kann die HV auf einen Teil des von ihr vom Vorstand einvernehmlich mit dem AR " zuge-dachten " Gewinns verzichten und durch weitere Zuweisungen zu den Rücklagen die vermögensmässige Lage ihrer Gesellschaft stärken (§ 58 Abs. 3). Hierin ist eine rechtsbedeutsame Einflussnahme-möglichkeit der HV auf die Geschäftsführung zu sehen; denn einmal stellt sich der Beschluss selbst als Geschäftsführungsmassnahme dar - zum anderen wird die gesamte Geschäftspolitik des Vorstandes für das kommende Jahr durch einen die Kapitalbasis des Unternehmens erweiternden Be-schluss in ihrer Beweglichkeit erhöht.

Es handelt sich hier also um eine der Gesellschaft förderliche Art der Einflussnahme, die nicht dem gesuchten Typus des schädigenden Einflusses ent-spricht ²³¹⁾.

Die als " Kompromiss " ²³²⁾ bezeichnete Neuregelung mit der Festlegung des Vorstandes auf einen starren Prozentsatz bei der Rücklagenbildung und der dann gegebenen Möglichkeit der HV zu weiteren Zuwei-sungen im Rahmen der Bilanzgewinnverteilung wird für die grossen Publikumsgesellschaften - also für die A.G.en mit breit gestreutem Aktienbesitz, insbesondere solche A.G.en, die sich in Händen von " Volks-Aktionären " befinden -, gefährlicher sein, als für eine Familien-A.G. Letztere wird sich bei der Frage der Gewinnverteilung in ihrer HV eher auf das Vorhandensein " unternehmerischen Denkens " verlassen können; denn das ist es schliesslich, was das neue AktG insoweit von der HV verlangt. Bei der Publikumsgesellschaft hingegen wird das Streben nach einer möglichst umfassenden

231) So wohl auch Wiethölter S. 90, der treffend formuliert, die HV habe das Recht, ihren Ge-winn "zu verkürzen". Er verweist in Fussnote 37 aaO darauf, dass es kein Wunder sei, dass diese Regelung "enttäuscht" habe

232) Vgl. Wilhelm in "Die A.G." 1965 S. 154

Gewinnausschüttung mehr in den Vordergrund treten.

Andererseits wollte der Gesetzgeber - wie aus vielen diesbezüglichen Äusserungen zu entnehmen ist ²³³⁾ - gerade durch das neue AktG für den Kleinanleger das Aktiensparen attraktiv - also zunächst doch wohl auch möglichst risikosicher - machen. Wenn Geßler feststellt, die getroffene Regelung sei eine " pragmatische Lösung ", die den Unternehmen die Selbstfinanzierungsmittel lässt, die sie zu benötigen glauben, und die dennoch die Aktionärsrechte erweitert, so drängt sich die Frage auf, woher denn der Gesetzgeber wissen will, dass die Unternehmen jeweils nur bis zu maximal 50 % des Jahresüberschusses an zusätzlichen eigenen Mitteln benötigen ²³⁴⁾.

Immerhin kann festgehalten werden, dass der HV zwar mehr Rechte zustehen als zur Zeit der Geltung des AktG 1937, sie hat jetzt doch - wenigstens im Regelfall - keine Einflussmöglichkeit auf die Festsetzung des Jahresabschlusses. ²³⁵⁾.

bb Zuständigkeit
der HV zur
Festsetzung
des Jahres-
abschlusses

Ausnahmsweise kann die HV das Feststellungsverfahren des Jahresabschlusses in eigener Regie durchführen. Dies gem. § 173 dann, wenn sich entweder Vorstand und AR nicht über die vom Vorstand gemachte Aufstellung einigen und auch dann, wenn Vorstand und AR einvernehmlich beschliessen, die Feststellung durch die HV vornehmen zu lassen. Das wird insbesondere dann vorkommen, wenn nach einem ungünstigen Abschluss eine Nichtentlastung von AR und Vorstand durch die HV zu befürchten steht.

233) Vgl. statt aller Geßler in "Die A.G." 1965 S. 344

234) Vgl. Jagenburg aaO S. 166

235) So ist auch die Aussage von Stützel S. 914 in den Rahmen des AktG 56 zu setzen: "...tatsächlich setzen Vorstand oder Grossaktionär die Dividende fest ..."

Wäre in einem der beiden genannten Fälle die HV befugt, für die Kapitalgrundlage der Gesellschaft - etwa durch eine zu freundliche Dividendenpolitik - ungünstige Entscheidungen zu treffen, so wäre hierin im Hinblick auf die Lage der Gesellschaft im folgenden Geschäftsjahr eine schädliche Einflussnahme der HV auf die Geschäftsführung zu sehen.

Hierzu ist festzustellen, dass es der HV, sofern nicht eine entsprechende Satzungsbestimmung vorhanden ist, schlechthin verwehrt ist, Beträge in die offenen Rücklagen zu überweisen (§ 58 Abs.I). Ist eine entsprechende Satzungsbestimmung vorhanden, so könnte sie höchstens den Betrag, den auch die Verwaltung den Rücklagen zuführen könnte, in diese einstellen: also, es ist vom Jahresabschluss ein etwaiger Verlustvortrag und die Einstellung in die gesetzliche Rücklage abzuziehen. Von dem somit verbleibenden Betrag kann bis zur Hälfte in die freien Rücklagen eingestellt werden ²³⁶⁾.

Unbenommen bleibt es der HV dann allerdings, im Rahmen des Gewinnverteilungsbeschlusses Beträge den freien Rücklagen zuzuführen (§ 174 Abs.2)²³⁷⁾. Der Grund für diese Regelung ist darin zu sehen, dass nicht ein Übermächtiger Mehrheitsaktionär in der Lage sein soll, durch " Aushungern " seiner Mitaktionäre diese zum Verlassen der Gesellschaft zu zwingen ²³⁸⁾. Dass diese Gefahr beim Gewinnverteilungsbeschluss nicht erneut auftritt, verhindert § 254 Abs. I, wonach der Bilanzgewinnverteilungsbeschluss dann von jedem Aktionär angefochten werden kann, wenn die Verteilung nicht nach kaufmännischen Gesichtspunkten vernünftig er-

236) Vgl. Godin-Wilhelmi § 58 Anm. 5; Baumbach-Hueck 68 § 58 Anm. 8

237) Vgl. Godin-Wilhelmi aaO

238) Vgl. RegE Kropff S. 74, 75

scheint und nicht mindestens ein Gewinn von 4 % des Grundkapitals abzügl. der noch nicht geleisteten Einlagen zur Verteilung gelangt.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass für den Fall der ausserordentlichen Zuständigkeit der HV zur Feststellung des Jahresabschlusses dieser eine Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung zuzusprechen ist. Indem die HV von der Möglichkeit, gem. § 174 Abs. II Satz 3 weitere Beträge den offenen Rücklagen zuzuführen, keinen Gebrauch macht, kann sie die Kapitaldecke der Gesellschaft beträchtlich verdünnen und die Bewegungsfreiheit für das kommende Geschäftsjahr einschränken. Hier ist für ein die Mehrheit haltendes Unternehmen die Möglichkeit zu sehen, einen schädigenden Einfluss im Sinne des § 311 zu nehmen, dies insbesondere deshalb, weil das die Mehrheit besitzende Unternehmen durch den von ihm beschickten AR stets gemäss § 173 die "Konfliktkompetenz" der HV für die Feststellung des Jahresabschlusses erzwingen kann.

c Anweisung der HV an den Vorstand zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen

Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Beschlüsse der HV (oder auch einer Minderheit aus ihr), denen der Vorstand zu gehorchen hat. Es wird dabei insbesondere an § 147 Abs. 1 gedacht, wonach der Vorstand einen Ersatzanspruch gegen den gem. § 116 verpflichteten AR oder gegen einen gem. § 117 verpflichteten Dritten dann geltend machen muss, wenn es die HV beschliesst. Entsprechendes gilt für Ansprüche aus Gründung und Nachgründung.

Die Ermessensfreiheit des Vorstandes ist in diesen Fällen eingeschränkt. Er muss den Beschluss ausführen, auch wenn er es aus übergeordneten kaufmännischen Gesichtspunkten für inopportun

hält, etwa deshalb, weil bei Inanspruchnahme der Verpflichteten der " gute Ruf " der A.G. in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Bei Untätigkeit des Vorstandes kann letztlich der Weg der Erhebung der Einzelklage durch den Aktionär offenstehen ²³⁹⁾.

Diese gesetzliche Pflicht ²⁴⁰⁾ fällt unter die Obliegenheiten des Vorstandes aus § 93 Abs. II Satz 1; nicht etwa ist es so, dass § 93 dem Vorstand ein freies Ermessen einräumt, ob er dem Beschluss willfährt. Das gilt selbst dann, wenn eine erhebliche Kreditschädigung der A.G. bei Ausführung des Beschlusses zu befürchten steht ²⁴¹⁾. Hierin ist zweifellos eine erhebliche Einflussmöglichkeit der HV auf eine reine Geschäftsführungsmassnahme zu sehen. Es handelt sich jedoch wiederum nur um einen kleinen Ausschnitt aus dem allumfassenden Bereich der Geschäftsführung. Als Mittel zu einer nachhaltigen Beeinflussung eignet sich dieses Weisungsrecht nicht.

Bestellung der Abschluss- prüfer

Auf die der HV gem. § 163 zustehende Befugnis zur Bestellung der Abschlussprüfer braucht im Zusammenhang mit der Frage, ob hierin eine Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsführung zu sehen ist, nicht eingegangen zu werden; denn es handelt sich gerade um eine Massnahme der mittelbaren Überprüfung der Geschäftsführung, nicht um eine solche selbst.

Satzungs- änderungen

Ähnlich verhält es sich mit der allgemeinen Zuständigkeit der HV zu Satzungsänderungen (§ 179); denn die Satzung ist der Geschäftsführung in jeder Hinsicht vorgelagert, die Geschäftsführung hat sich

²³⁹⁾ Vgl. Großfeld S. 296 f

²⁴⁰⁾ Vgl. Schlegelberger-Quassowski § 122 Anm.2; Ritter § 122 Anm. 2 b)

²⁴¹⁾ Godin-Wilhelmi, § 147 Anm. 3; Ritter § 122 Anm. 2 b); Schmidt-Meyer-Landrut § 122 Anm. 8

bei ihrer Amtsausübung an sie zu halten.

Etwas anders verhält es sich, wenn durch die Satzungsänderung bestimmt wird, dass künftig gewisse Geschäfte der Zustimmung durch den AR bedürfen (§ 111 Abs. IV). Insoweit ist hier eine gewisse Einflussmöglichkeit der HV auf den Vorstand festzustellen. Es handelt sich aber stets - dem Gesetz folgend - nur um bestimmte Arten von Geschäften oder um bestimmte, im voraus festgelegte, Einzelgeschäfte. Damit ist wiederum sichergestellt, dass das Recht zur alleinigen, eigenverantwortlichen Geschäftsführung beim Vorstand verbleibt ²⁴²⁾. Verdeutlicht wird dieser Grundsatz dadurch, dass einem AR-Mitglied Massnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden dürfen (§ 111 Abs. IV) ²⁴³⁾.

Die einzelnen Geschäftsführungsmassnahmen, die dem Zustimmungserfordernis unterliegen sollen, müssen einzeln in der Satzung aufgeführt sein ²⁴⁴⁾. Das schliesst es aus, der Satzung eine Blankovorschrift beizufügen, der zufolge die HV von Fall zu Fall über die Zustimmungsbedürftigkeit zu entscheiden habe. Das würde einmal dem Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes (§ 76 Abs. I) und zum anderen dem ungeschriebenen, von der Rspr entwickelten Grundsatz der Bestimmtheit der Satzung widersprechen ²⁴⁵⁾.

Darüber hinaus bedeutet, wie aus § 111 Abs. IV erhellt, das Zustimmungserfordernis nicht, dass der AR etwa selbst in der Lage wäre, zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte durchzuführen. Das " Recht zur primären Initiative " verbleibt als

242) Godin-Wilhelmi § 111 Anm. 5; Baumbach-Hueck § 111, 11

243) Vgl. Würdinger S. 128

244) Baumbach-Hueck 1968 § 111 Anm. 10

245) Vgl. BGH 9, 284; Würdinger S. 170

unverwundlicher Bestandteil der Geschäftsführungsbefugnis beim Vorstand ²⁴⁶⁾.

So gesehen ist die Einwirkungsmöglichkeit der HV auf die Geschäftsführung über die Satzungsänderung gering zu veranschlagen. Sie kann einmal nicht Geschäftsführungsmassnahmen des Vorstandes an ihre eigene Zustimmung binden, zum anderen wird dem ggf. zustimmungsberechtigten AR nie ein Initiativrecht eingeräumt.

f Zuständigkeit für Massnahmen der Kapitalbeschaffung und -herabsetzung

Die Massnahmen der Kapitalbeschaffung und -herabsetzung sind satzungsändernde Vorgänge (vgl. Überschrift zum 6. Teil des AktG) und bereits als solche gem. § 179 als zum Kreis der Zuständigkeiten der HV gehörig anzusehen.

Darüber hinaus stellt das Gesetz in den Einzelbestimmungen bezügl. von Massnahmen der Kapitaländerung ²⁴⁷⁾ besondere Mehrheitserfordernisse auf, die stets bei 75 % des zur Abstimmung erschienenen Grundkapitals liegen.

Unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung haben diese Kompetenzen sämtlich nicht. Ihnen kommt jedoch insoweit ein Einflusscharakter zu, als es für die Geschäftsführung eines jeden Unternehmens wichtig ist, die verfügbare Höhe der Eigenmittel im voraus zu wissen. Reichen diese für eine an kaufmännischen Gesichtspunkten orientierte Geschäftsführung nicht aus, so gewinnt die Frage der Kapitalerhöhung für die Betriebsleitung erst-rangige Bedeutung; denn nicht zuletzt nach den auf der rechten Seite der Bilanz ausgewiesenen Eigenmitteln wird die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens beurteilt.

246) Baumbach-Hueck 1968 § 111 Anm. 11

247) Vgl. §§ 182, 192, 202 Abs. II, 207, 222, 229

Ob man diesen Zuständigkeiten Geschäftsführungseigenschaften beimisst, hängt davon ab, wie weit man den Geschäftsführungsbegriff bei Kapitalgesellschaften fasst. Legt man die für die Personalgesellschaften - z.B. die oHG - geltenden Regeln zu Grunde, so könnte in der Kapitalerhöhung²⁴⁸⁾ - zumindest wenn sie aus stehengelassenen Gewinnen erfolgt - eine ausserordentliche Geschäftsführungsmassnahme gem. § 116 Abs. II HGB gesehen werden²⁴⁹⁾. Allerdings würde eine so weite Auslegung des Geschäftsführungsbegriffs schon bei Personalgesellschaften zu weit gehen. Erst recht wird man in der Kapitalerhöhung bei Kapitalgesellschaften eine Änderung in den Gesellschaftsverhältnissen zu sehen haben mit der Folge, dass von einer Geschäftsführungsmassnahme nicht gesprochen werden kann.

Bei beiden möglichen Ansichten ist eine Schmälerung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes durch die aufgeführten Vorschriften nicht ersichtlich, da ihm als Leitungsorgan Entscheidungen, die in die Mitgliedschaftsphäre fallen, begrifflich nicht zustehen können.

Es ist mithin festzuhalten, dass die HV-Zuständigkeiten bezüglich der Veränderung der Kapitalgrundlage der Gesellschaft, wiewohl ihnen für die praktische Seite der Unternehmensführung Bedeutung zukommen kann, keine Minderung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes und deshalb keine Einflussmöglichkeit im hier untersuchten Sinne bedeuten.

Keine Schmälerung der Vorstandsbefugnisse ist fernerhin darin zu sehen, dass gem. § 184 Abs. I

248) Dort: Erhöhung bzw. Herabsetzung der Einlage im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrages

249) Auch die nichtgeschäftsführungsberechtigten Gesellschafter müssten also zustimmen

der Vorstand verpflichtet ist, den Beschluss über die Erhöhung oder gem. § 223 die Herabsetzung des Grundkapitals zum HR anzumelden; denn hier besteht weniger eine den Vorstand verpflichtende Weisung der HV, sondern eine gesetzliche Pflicht des Vorstandes zur Kundbarmachung eintragungspflichtiger Tatsachen.

Hiervon unabhängig ist die Frage zu beantworten, inwieweit die Zuständigkeit der HV für Massnahmen der Kapitalerhöhung und -herabsetzung geeignet ist, als Mittel der Beeinflussung der Geschäftsführung zu dienen. Diese Frage ist zu bejahen, denn die Bedeutung der entsprechenden Beschlüsse für die Geschäftsführung liegt auf der Hand. Die Zuständigkeit der HV in diesem Zusammenhang ist dadurch zu erklären, dass die Kapitalerhöhung oder -herabsetzung für den einzelnen Aktionär eine Änderung seiner vermögensmässigen Beteiligung an der Gesellschaft bedeutet. Sie hat, insoweit die wertmässige Seite der Beteiligung angesprochen wird, Einfluss auf das Vermögen des Aktionärs. Im Fall der nicht aus Gesellschaftsmitteln erfolgenden Erhöhung wird der Aktionär sogar zur Leistung höherer Einlagen aufgerufen. Der Vorstand soll aber nur in dem Umfang eigenverantwortlich die Geschicke der Gesellschaft leiten dürfen, als dies mit den einmal zur Verfügung gestellten Mitteln möglich ist. Insoweit ist er auch zur Verwaltung des im Grundkapital in Erscheinung getretenen Vermögens der Aktionäre befugt. Bedarf es einer Änderung dieser materiellen Basis, so ist es bei der Stellung des Vorstandes als der eines Verwalters fremden Vermögens ²⁵⁰⁾ nur natürlich, wenn die eigentlichen Vermögensträger bei der Entscheidung massgeblich mitwirken.

Insoweit ist in der Tat eine Abhängigkeit des Vorstandes von der HV ersichtlich. Hieraus ergibt

250) Vgl. Brodmann § 178 Anm. 3 b

sich der Grundsatz, dass der Vorstand solange unabhängig von der HV die Geschäfte der A.G. zu führen berechtigt ist, als er mit dem satzungsmässig entstandenen und gewachsenen Vermögen der Gesellschaft auskommt.

g Bestellung
der Sonder-
prüfer

Die Befugnis der HV, Sonderprüfer gem. § 142 zu bestellen, enthält lediglich ein mittelbares Kontrollrecht, aber kein Verwaltungsrecht. Die Möglichkeit zur Bestellung derartiger Sonderprüfer ist vielmehr als ein Mittel anzusehen, den Vorstand zu gesetz- und satzungsmässiger Ausfüllung seines Vorstandsamtes zu veranlassen. § 142 bietet somit einen gewissen Schutz vor kollusivem Zusammenwirken von Vorstand und AR.

Entsprechendes gilt für die Möglichkeit der Einsetzung von Sonderprüfern gem. § 258, wenn Verdacht auf eine gesetzwidrige Bewertungspolitik durch den Vorstand besteht.

Ein Mittel, den Vorstand zu einem bestimmten Verhalten bei der Geschäftsführung zu zwingen - es sei denn, zu dem durch Gesetz und Zeitpunkt vorgeschriebenen -, ist in der Prüferbestellungskompetenz nicht zu sehen.

Dabei wird nicht übersehen, dass der Grossaktionär durch Ausübung seines Stimmrechts eine ggf. notwendige Einsetzung von Sonderprüfern verhindern kann ²⁵¹⁾. Es handelt sich dann aber auch nicht um eine Massnahme, die geeignet ist, der Verwaltung ein bestimmtes Verhalten aufzunötigen ²⁵²⁾.

251) Vgl. RG 146, 72 ff

252) Vgl. Mestmäcker S. 245

Diverse Zuständigkeiten

Als nicht für die Frage der Geschäftsführung bedeutsam können weiterhin aus offensichtlichen Gründen einige ausserordentliche Zuständigkeiten der HV ausgeschieden werden. Hier sind zu erwähnen: die Nachgründung (§ 52); die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Aktien (§ 68 Abs. II); Erlass und Vergleich von (über) Regreßansprüche(n) (§ 93 Abs. IV, § 116). Hinsichtlich des der HV obliegenden Beschlusses über die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen kann auf die Ausführungen über die Kapitalerhöhung und -herabsetzung verwiesen werden.

Beschlüsse nach §§ 340, 353, 362 ff müssen schon wegen ihres satzungsändernden Charakters der mitgliedschaftlichen Sphäre zugerechnet werden. Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung sind darin nicht zu sehen.

Zustimmung zu Unternehmensverträgen

Eine genauere Untersuchung ist hinsichtlich der Zuständigkeit der HV für die Zustimmung zu Unternehmensverträgen angezeigt (§§ 292, 295).

aa Durch die HV der abhängig werdenden AG

Wenn auch einem Teil von ihnen, dem Beherrschungsvertrag und dem Gewinnabführungsvertrag satzungsändernde Bedeutung zukommt, werden sie dennoch vom Gesetz anders behandelt.

Formell hat das seinen Grund darin, dass durch einen Unternehmensvertrag zwar der Gesellschaftszweck, nicht aber der Gesellschaftsgegenstand verändert wird ²⁵³⁾. Der Gesellschaftszweck ist aber nicht Inhalt der Satzung ²⁵⁴⁾.

253) Vgl. Würdinger 283

254) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 293 Anm. 37; Baumbach-Hueck 1968, 291, 3

Von Bedeutung ist, dass die Unternehmensverträge von den Geschäftsführungsorganen der beteiligten Unternehmen abgeschlossen werden (§§ 293, 294)²⁵⁵⁾. Zu ihrer Wirksamkeit bedarf es der Zustimmung der HV.

Obwohl im Gesetz positiv geregelt (§ 293 Abs. I S. 3), soll in diesem Zusammenhang kurz auf die Streitfrage eingegangen werden, ob in einem Unternehmensvertrag eine Satzungsänderung zu sehen ist, oder ob er in die Kategorie der Geschäftsführungsmassnahmen einzuordnen ist. Dies umso mehr, als die genannte gesetzliche Regelung nur die Anwendbarkeit der Satzungsänderungsvorschriften ausschliesst. Es wird daher auch vertreten, der Unternehmensvertrag enthalte ein korporatives Element ²⁵⁶⁾.

Diese Meinung argumentiert weiter, dass solche Unternehmensverträge auch wie eine Satzung ausgelegt und angesehen werden müssten ²⁵⁷⁾. Dem wiederum steht die Fassung des Gesetzes entgegen, welches sich durch den ausdrücklichen Satzungsänderungsausschluss auf den Standpunkt stellt, materiell liege keine Satzung vor.

Wenn man davon ausgeht, dass der Vorstand zu Satzungsänderungen nie befugt ist, so würde die Meinung derjenigen, die in dem Unternehmensvertrag etwas Satzungsgleiches sehen, dahin führen, dass der Vorstand das Recht für die Vornahme von Satzungsänderungen bzw. Satzungsauftellungen habe, wobei er allerdings der Zustimmung bedürfe. Es würde dann sogar eine Erweiterung der Vorstandsbefugnisse vorliegen.

255) Vgl. Würdinger S. 283; Godin-Wilhelmi § 291 Anm. 1; Wilhelmi in "Die A.G." 1965, 277

256) Kropff in BB 1965, 1287

257) Vgl. Godin-Wilhelmi § 293 Anm. 3

Man wird allerdings eher der Meinung zuneigen müssen, dass es sich beim Abschluss derartiger Verträge nicht um Satzungsänderungen bzw. Satzungsaufstellungen handelt, weil in den genannten Verträgen keine Punkte berührt werden, die bereits Gegenstand der Satzung gem. § 23 sind. Der Streit hierüber ist praktisch auch ohne grosse Bedeutung²⁵⁸⁾.

Am besten kommt man dem Wesen des Unternehmensvertrages nahe, wenn man in seinem Abschluss eine aussergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahme i.S. des oHG-Rechts (§ 116 Abs. II HGB) sieht. Der vergleichbare Vertrag würde bei der oHG durch alle - auch die nicht zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter - abgeschlossen werden. Entsprechend der strukturellen Verschiedenheit von oHG und A.G. wird er bei letzterer zwar vom Vorstand abgeschlossen, er bedarf zu seiner Wirksamkeit aber auch der Zustimmung derjenigen, die das vermögensmässige Risiko tragen.

So wird deutlich, dass das Zustimmungserfordernis beim Abschluss von Unternehmensverträgen einen Einfluss auf die Geschäftsführung darstellt. Es muss allerdings hinzugesetzt werden, dass die Unternehmensverträge so sehr in die Nähe von Satzungsänderungen rücken und in so hohem Mass die vermögensmässige Substanz des Unternehmens berühren können, dass eine Mitwirkung des Geschäftsorgans, in dem die vermögensmässigen Risikoträger der Gesellschaft vertreten sind, unerlässlich erscheint. Von einer Schmälerung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes kann nicht die Rede sein.

258) Vgl. Godin-Wilhelmi aaO

Eher könnte man argumentieren, dadurch, dass das Gesetz den Abschluss von Unternehmensverträgen nicht als primär in die Zuständigkeit der HV gehörenden Satzungsänderung behandle, werde die Stellung des Vorstandes in nicht unerheblichem Mass verstärkt: Der Vorstand hat das ausschliessliche Initiativrecht. Die HV kann dem Vertrag nur zustimmen oder ihn ablehnen. Sie kann den Vorstand aber nicht anweisen, einen Unternehmensvertrag abzuschliessen oder einen von ihr geänderten einzugehen.

bb Durch das die
Leitungsmacht
erhaltende
Unternehmen
(Durch die HV
der anderen
A.G.)

Von Bedeutung könnte ferner § 293 Abs. II sein, demzufolge ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag dann der Zustimmung der HV des anderen Vertragsteiles bedarf, wenn es sich bei diesem auch um eine A.G. oder KGaA handelt.

Sieht man mit Kropff ²⁵⁹⁾ in diesem Vertrag eine Art Satzung der verbundenen Unternehmen, so wäre dieses Erfordernis nicht ungewöhnlich, nur der gesetzliche Ausfluss eines in § 23 Abs. III niedergelegten Grundgedankens. Dieser Ansicht wird jedoch, wie ausgeführt, nicht gefolgt. Somit muss das Zustimmungsbedürfnis unter anderen Gesichtspunkten betrachtet werden.

Festzustellen ist, dass die Lage der Beteiligten vollkommen verschieden ist: die abhängig werdende Gesellschaft ändert im wesentlichen ihre Struktur als ein selbständiges wirtschaftliches Unternehmen - wenn auch unter Wahrung der rechtlichen Identität. Die übernehmende Gesellschaft hingegen erhält einen Machtzuwachs. Sie geht gewisse schuldrechtliche Verpflichtungen ein, in ihrem wirtschaftlichen Wesen bleibt sie aber unverändert.

259) BB 65, 1287

Systematisch ist das Zustimmungserfordernis nicht zu erklären, es hat seinen Grund in der Tatsache, dass die herrschende Gesellschaft (bzw. die den gewinneinnehmende) sehr weitgehende Verpflichtungen übernimmt, indem sie z.B. die Verluste der abhängigen Gesellschaft zu tragen hat (§ 302). Bei Aufhebung des Vertrages hat sie weiterhin den Gläubigern des anderen Vertragsteils Sicherheit zu leisten (§ 303). Sie hat ferner die aussenstehenden Aktionäre ggf. mit eigenen Aktien abzufinden. Die Begründung des RegE ²⁶⁰⁾ lässt auch durchblicken, dass nur wegen dieser weitgehenden Bindung die Zustimmung der HV vorzuliegen hat.

Godin-Wilhelmi ²⁶¹⁾ unternehmen den Versuch einer systematischen Begründung, indem sie darlegen, letztlich handele es sich um einen Organisationsvertrag, der im Hinblick auf die gegenüber dem beherrschten Unternehmen bestehenden Weisungsbefugnisse nicht nur quantitativer Art sei. Sie stellen dabei - allerdings ohne es deutlich auszusprechen - auf eine Strukturveränderung auch der herrschenden Gesellschaft ab. Diese Begründung könnte aber einmal nur dann stichhaltig sein, wenn man der hier abgelehnten Meinung von Kropff ²⁶²⁾ folgt, dass der Unternehmensvertrag eine Art Satzung der verbundenen Unternehmen sei, zum anderen würde die Begründung erst recht nicht für die Gewinnabführungsverträge ausreichen.

Es muss daher an dem Ergebnis festgehalten werden, dass das Zustimmungserfordernis der HV wegen der mit der weitgehenden Haftung verbundenen Risiken aufgestellt wurde. Über diese Risiken wollte

260) Kropff S. 381

261) § 293 Anm. 4

262) BB 1965, 1287

das Gesetz den Vorstand nicht in eigener Regie entscheiden lassen. Deshalb ist hierin auch eine echte Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes zu sehen. Bei einem Vergleich mit der oHG würde man hier keine Schlechterstellung des Vorstandes gegenüber den geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern zu sehen haben; denn die oHG-Geschäftsführung würde gem. § 116 Abs. II HGB, auch wenn sie als für die oHG herrschendes Unternehmen einen Vertrag mit einem abhängigen Unternehmen schliessen will, die nicht zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter zu befragen haben. Eine gewisse Parallelität ist hierbei insoweit erkennbar, als der Vorstand im Umfang seiner Geschäftsführungsbefugnis nicht freier sein kann, als es der zur Geschäftsführung berechnigte oHG-Gesellschafter im Verhältnis zu den nichtgeschäftsführungsberechnigten Gesellschaftern ist.

Aus § 293 Abs. II kann aber auch gefolgert werden, dass die Vorschrift nicht auf den eng begrenzten gesetzlichen Rahmen beschränkt bleiben soll: Man wird § 293 Abs. II allgemein den Grundgedanken entnehmen können, dass immer dann, wenn infolge von Geschäftsführungsmassnahmen die Verpflichtung einer Gesellschaft gegenüber einem fremden Unternehmen ein gewisses Mass überschreitet, der Vorstand zum Eingehen dieser Verpflichtungen der Zustimmung der HV bedarf. Das Mass wird in aller Regel immer dann überschritten, wenn die Verpflichtung eine bedingungslose Bestandsgarantie zu Gunsten des anderen Vertragspartners enthält. Dies deshalb, weil § 292 Abs. II Satz 2 eben keine sich aus der Notwendigkeit des Aktienrechts ergebende Vorschrift ist, die wegen der Gefährlichkeit der Verbindung von zwei A.G.en aufgestellt wurde; die gesetzgeberische Entschei-

dung ist vielmehr in der Gefährlichkeit zu sehen, dass ein Unternehmen sein wirtschaftliches Schicksal ganz eng mit dem eines anderen Unternehmens verknüpft.

In keinem Fall kann - wie Godin-Wilhelmi ²⁶³⁾ meinen - der Grund des § 293 Abs. I Satz 2 darin gesehen werden, dass der Vorstand der herrschenden Gesellschaft nunmehr einen erheblichen Machtzuwachs erhält. Kann eine solche Erweiterung ohne "Bestandsgarantie" erreicht werden, etwa durch Abschluss eines für den anderen Vertragspartner ungünstigen Lizenzvertrages, so ist eine Gefährdung des eigenen Gesellschaftsvermögens nicht ersichtlich und eine Zustimmung der Gesellschafter nicht veranlasst.

Die Vorbereitungs-
pflicht
des Vorstandes
gem. § 83

Fraglich kann erscheinen, ob in Ansehung der Vorschrift des § 83 die HV nicht doch den Vorstand zwingen kann, einen von ihr gewünschten Unternehmensvertrag zu schliessen.

Gem. § 83 Abs. I Satz 2 ist der Vorstand verpflichtet, auf Verlangen der HV ... Verträge vorzubereiten, die nur mit Zustimmung der HV wirksam werden können. Würdinger ²⁶⁴⁾ scheint auf dem Standpunkt zu stehen, dass es aufgrund dieser Vorschrift ein mit der für den Abschluss eines Unternehmensvertrages hinreichenden Mehrheit versehener Aktionär in der Hand habe, den Vorstand de facto zum Abschluss eines Unternehmensvertrages zu zwingen.

Dann wäre in § 83 eine Kompetenzverschiebung in Sachen der Geschäftsführung zu Gunsten der HV vorgenommen worden; denn - wie dargelegt - ist

263) aaO § 293 Anm. 3

264) S. 283, Baumbach-Hueck § 83 Anm. 4

der Abschluss eines Unternehmensvertrages zunächst Sache des Vorstandes.

Zur Problemlösung muss die systematische Stellung des § 83 im Gesetz herangezogen und näher beleuchtet werden, zumal eine ihm entsprechende Regelung im AktG 1937 fehlte.

Entscheidend muss es hierbei auf die Fassung "vorbereiten" ankommen; denn nur hierzu soll der Vorstand verpflichtet sein. Demnach soll der Vorstand solche Massnahmen und Hauptversammlungsbeschlüsse, die ohne Vorbereitung in einer Sitzung schlechthin nicht abschliessend behandelt werden können, durch entsprechende Veranlassungen vorbereiten. Wenn Baumbach-Hueck²⁶⁵⁾ unter Berufung auf die Gesetzesfassung "Vorbereitung und Abschluss" meinen, die HV könne in der Tat den Abschluss verlangen, so sei darauf verwiesen - wenn man sich schon auf den genauen Gesetzeswortlaut beruft -, dass gem. § 83 Abs. I S. 2 der Vorstand nur die Vorbereitung und den Abschluss "vorzubereiten" hat. Das ergibt sich aus der Eingangsformulierung "Das Gleiche gilt ...", dieses "Gleiche" nimmt aber Bezug auf S. 1, wo von Vorbereiten die Rede ist.

Der Vorschrift liegt eine praktische Erfahrung zu Grunde: Unterlässt der Vorstand die hinreichende Vorbereitung etwa einer Verschmelzung, so kann der Fall eintreten, dass die HV überhaupt nicht in die Lage versetzt wird, die ihr zustehenden Funktionen zu erfüllen. Um einer solchen Aushöhlung der Zuständigkeiten der HV "auf kaltem Weg" vorzubeugen, hat die untersuchte Vorschrift Eingang in das Gesetz gefunden²⁶⁶⁾.

265) § 83 Anm. 4

266) Vgl. RegE Kropff S. 104

Keinesfalls sollte aber mit § 83 eine Verlagerung der Zuständigkeiten des Vorstandes in die Kompetenz der HV bewirkt werden: Hinsichtlich eines Unternehmensvertrages kann § 83 Abs. I S. 2 nur praktisch werden, wenn der Vorstand den Abschluss eines derartigen Vertrages überhaupt beabsichtigt. Dann besteht für die HV ein dringendes Interesse daran, diesen Vertrag bei der Beratung darüber, ob er zustimmungswürdig ist, schriftlich vor sich zu haben.

Dem steht auch nicht die Regelung des § 83 Abs. I Satz 3 entgegen, wonach der Beschluss nach § 83 Abs. I der Mehrheit bedarf, welche für die Massnahme oder für die Zustimmung zu dem Vertrag erforderlich ist. Bei oberflächlicher Auslegung könnte dieser Bestimmung der Sinn beigelegt werden, der Beschluss nach § 83 enthalte in Wirklichkeit bereits eine Entscheidung in der Sache, so dass es überflüssig wäre, den Vorstand nur zur Vorbereitung der Massnahme oder des Beschlusses zu verpflichten. Die Verpflichtung zur Vorbereitung müsse vielmehr dahingehend verstanden werden, dass der Vorstand in der Angelegenheit alles zu veranlassen habe, was nicht in die gesetzliche Zuständigkeit der HV falle, das maW der Vorstand im Fall des Beherrschungsvertrages den Vertrag abzuschliessen haben würde.

Der Bedeutung von Satz 3 ist jedoch ein anderer Sinn beizumessen: es soll verhindert werden, dass der Vorstand eine Massnahme vorbereiten muss, die nachher in der HV nicht die notwendige Mehrheit findet ²⁶⁷⁾.

In dieser Sicht gibt § 83 Abs. I Satz 3 dem Vorstand ein brauchbares Instrument an die Hand herauszufinden, ob eine von ihm beabsichtigte

267) Vgl. RegE Kropff S. 104

zustimmungsbedürftige Geschäftsführungsmassnahme voraussichtlich Billigung in der HV finden würde.

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich gegenüber § 119 Abs. II ergeben. Da die Anwendung beider Vorschriften aber zu denselben Ergebnissen führt, ob in einem ablehnenden Beschluss der HV die Weisung zu sehen ist, einen Unternehmensvertrag nicht vorzubereiten, weil er voraussichtlich nicht die erforderliche Mehrheit findet, oder ob das Verbot der HV, den Vertrag abzuschliessen, darin zu erkennen ist, kommt im Ergebnis auf dasselbe hinaus. Insoweit kommt es zu keiner Normenkonkurrenz, sondern höchstens zu einer unschädlichen Normenüberschneidung.

Auch die Zuhilfenahme des § 82 Abs. II ändert an diesem Ergebnis nichts; denn danach sind die Vorstandsmitglieder nur zur Einhaltung solcher ihrer Geschäftsführungsbefugnis und ihr Vertretungsrecht beschränkender HV-Beschlüsse verpflichtet, die nach Gesetz, Satzung oder Geschäftsordnungen von Vorstand und AR möglich sind ²⁶⁸⁾.

k Das Zustimmungserfordernis bei der Eingliederung

Gem. §§ 319, 320 wird die Eingliederung durch einen einstimmigen - oder im Fall des § 320 mit 95%iger Mehrheit gefasstem Beschluss der HV wirksam. Anders, als in § 292 Abs. I, wo der Abschluss eines Beherrschungsvertrages auf der Seite des abhängig werdenden Unternehmens durch den Vorstand vorgenommen wird, tritt hier der Vorstand des einzugliedernden Unternehmens nicht in Erscheinung - ihm obliegt es lediglich, die Eingliederung gem. § 319 Abs. III Satz 1 zum HR anzumelden. Anders auch als beim Beherrschungsvertrag kann die Eingliederung also auch gegen den

Willen des Vorstandes zustande kommen. Vor der Prüfung der Frage, ob hier ein Einfluss auf die Geschäftsführungsbefugnisse des Vorstandes zu sehen ist, muss untersucht werden, ob sich die Eingliederung überhaupt den Geschäftsführungsmassnahmen zuordnen lässt.

Das scheint - auf den ersten Blick gesehen - abzulehnen zu sein: einmal spricht dagegen, dass die Eingliederung nicht im § 291 bei der Aufzählung der Unternehmensverträge miterwähnt worden ist. Als der Verschmelzung mit dem einzigen Unterschied der Bewahrung der rechtlichen Selbständigkeit nachstehendes Institut ist sie weiterhin in einem eigenen Teil des 3. Buches des AktG geregelt.

Dennoch weist sie Ähnlichkeiten mit dem als Geschäftsführungsmassnahme erkannten Beherrschungsvertragsabschluss auf. Ihr wesentlicher Unterschied besteht darin, dass sie nur bei einer Einmann-Gesellschaft möglich ist - entweder ist das einzugliedernde Unternehmen bereits eine solche Einmann-Gesellschaft, oder es wird es mit der Eingliederung. Eine Satzungsänderung stellt auch die Eingliederung - wie aus § 319 Abs. I Satz 2 folgt - nicht dar (§ 320 Abs. I Satz 3). Zudem ist Gegenstand der Eingliederung die Aufhebung der gem. § 76 dem Vorstand obliegenden unabhängigen Geschäftsführungsbefugnis. Es erschiene mithin nur natürlich, die Entscheidung über diese Aufhebung als Geschäftsführungsmassnahme aufzufassen. Des weiteren ist nach h.M. der Begriff " Geschäftsführung " weit zu fassen ²⁶⁹⁾, so dass die Zuordnung auch der Eingliederung zum Geschäftsführungsbereich angezeigt erscheint.

In dieser Sicht ist sie als Akt der Geschäftsführung anzusehen, bei welchem der Vorstand kraft Gesetzes von der Mitwirkung ausgeschlossen ist. Der Grund liegt auf der Hand: der Gesetzgeber wollte dem Einmann- oder 95%igen Mehrheitsaktionär die Möglichkeit geben, gegen angemessene Abfindung etwa vorhandener anderer Aktionäre die Gesellschaft in einen anderen aktienrechtlichen Verband zu überführen. Wenn aber der Gesetzgeber dieses Interesse dem der Minderheitsaktionäre, in der Gesellschaft zu verbleiben, vorzieht, so ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grund er sich mit den Wünschen irgendeines Aktionärs auseinandersetzen soll, die vom Vorstand zu wahren wären. In §§ 319, 320 ist mithin ein Fall zu sehen, in welchem das Recht aus § 83 de facto zu einem direkten Weisungsrecht der HV an den Vorstand wird; denn der Allein- oder Mehrheitsaktionär kann mit seiner Hilfe den Vorstand des für die Eingliederung bestimmten Unternehmens zwingen, den Eingliederungsbeschluss vorzubereiten. Wirksamkeitsvoraussetzung für den Eingliederungsbeschluss ist die Zustimmung von $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlussfassung zugegenen Kapitals der eingliedernden Gesellschaft.

Das kann zweierlei bedeuten :

einmal wäre es möglich, dass sich dieser Beschluss nur auf die entsprechende Entscheidung der einzugliedernden Gesellschaft bezieht; dann wäre auch der Vorstand der eingliedernden Gesellschaft von der Mitwirkung ausgeschlossen.

Es kann aber auch bedeuten, dass die HV des eingliedernden Unternehmens der Entscheidung ihrer eigenen Gesellschaft zuzustimmen hat; dann bezöge sich der Billigungsakt auf eine entsprechende Massnahme des eigenen Vorstandes.

Die Lösung liegt in der Mitte: da die Anteile des einzugliedernden Unternehmens sich zu 100 oder 95 % in der Hand des eingliedernden Unternehmens befinden, die Rechte aus diesen Anteilen aber vom Vorstand der eingliedernden Gesellschaft ausgeübt werden, stellt sich für die HV des eingliedernden Unternehmens der Beschluss der einzugliedernden A.G. gleichzeitig als Geschäftsführungsakt der eigenen Gesellschaft dar. Die Zustimmung bedeutet insoweit nicht die Billigung eines fremden HV-Beschlusses, sondern die Bestätigung einer Geschäftsführungsmassnahme des eigenen Vorstandes.

Insofern ist hier wieder eine Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis der einzugliedernden Gesellschaft beziehentlich ihres Vorstandes zu sehen: kraft des Anteilsbesitzes der von ihm geleiteten A.G. kann er zwar den HV-Beschluss über die Eingliederung bei der einzugliedernden Gesellschaft herbeiführen, er ist aber von einem mit qualifizierter Dreiviertelmehrheit gefassten Billigungsbeschluss seiner eigenen HV abhängig.

Die Gründe hierfür sind die gleichen, die den Gesetzgeber veranlasst haben, einen Unternehmensvertrag nur mit der auf die gleiche Weise zustande gekommenen Billigung der HV des herrschenden Unternehmens wirksam werden zu lassen. Insofern kann auf das oben Ausgeführte verwiesen werden.

Trotz dieser Beschränkung liegt es jedoch allein beim Vorstand der eingliedernden A.G. zu entscheiden, ob der Inkorporationsakt vorgenommen werden soll. Im Verhältnis des Vorstandes zur HV der eingliedernden Gesellschaft gilt das hin-

sichtlich § 83 Ausgeführte entsprechend ²⁷⁰⁾.

1 Die Wirkung der Entlastungsverweigerung und des Vertrauensentzugs durch die HV auf die Stellung der AR- und Vorstandsmitglieder

Durch die Neufassung der Entlastungsvorschriften (§ 120 gegen § 104 AktG 1937) ist deren Bedeutung deutlicher herausgestellt worden. Demnach bedeutet die Entlastung sowohl von Vorstand als auch von AR eine Billigung der gehandhabten Verwaltung - sie bedeutet jedoch keinen Verzicht auf etwaige Ersatzansprüche (§ 120 Abs. II Satz 2)²⁷¹⁾.

Durch den gesetzlichen Wortlaut ist die Entlastung gerade den Geschäftsführungsmassnahmen gegenüber gestellt worden, als solche ist sie auf keinen Fall als Geschäftsführungsmassnahme zu betrachten, sie beinhaltet nur eine Stellungnahme zu ihr.

Fraglich kann daher nur sein, welche Bedeutung einem HV-Beschluss beizumessen ist, der diese Billigung versagt: Würde ein solcher negativer Beschluss Einfluss auf die Stellung der zu entlastenden Organe haben, so läge hierin zugleich die Macht der HV zur Einflussaübung begründet.

Das Gesetz schweigt hierzu, jedoch bietet § 120 Abs. II Satz 2 einen Anhaltspunkt: wenn die ausgesprochene Entlastung nicht einmal einen Verzicht auf Ersatzansprüche enthält ²⁷²⁾, so könnte man argumentieren, dass es sich um ein Rechtsinstitut minderer Bedeutung handeln muss ²⁷³⁾. Die Entlastung könnte bestenfalls als Indiz dafür genommen werden, dass sich die

²⁷⁰⁾ Vgl. S. 98 ff

²⁷¹⁾ Baumbach-Hueck 68, § 120, Anm. 6

²⁷²⁾ Baumbach-Hueck 1968, § 120 Anm. 6

²⁷³⁾ Vgl. im einzelnen Baumbach-Hueck 1968, § 120 Anm. III

Verwaltung noch des Vertrauens der HV erfreut, ansonsten bliebe sie ohne rechtliche Wirkung.

Immerhin kann man aber auch umgekehrt der Nichtentlastung den Charakter eines Misstrauensvotums beimessen. Es fragt sich dann, ob ein derartiges Misstrauensvotum ebenfalls jeglicher rechtlicher Bedeutung entbehrt. Es kann allerdings auch der Standpunkt vertreten werden, die HV wolle mit der Nichtentlastung der Geschäftsführung eine endgültige Entscheidung nicht treffen. Die Nichtbilligung hätte dann vorläufigen Charakter. Sie könnte z.B. vorkommen, wenn die HV auf dem Standpunkt steht, der Vorstand solle seine Geschäftsführungspolitik und deren Gründe nochmals deutlicher darlegen.

Schliesst man sich dieser Betrachtungsweise an, so ist es nicht überflüssig, wenn bei der Nichtentlastung des Vorstandes durch die HV vom AR eine selbständige Prüfung darüber verlangt wird, ob in der Nichtentlastung gleichzeitig ein Vertrauensentzug zu sehen ist ²⁷⁴⁾. Stellt sich hingegen heraus, dass die Nichtentlastung als endgültige negative Beurteilung der Geschäftsführung aufzufassen ist, so wird der AR ohne weitere Prüfung von einem Misstrauensvotum i.S. des § 93 auszugehen haben; denn mit der Abstimmung über die Entlastung ist die HV gerade aufgerufen, ihr vorhandenes oder nichtvorhandenes Vertrauen gegenüber der Verwaltung zu bekunden. Es erscheint auch widersinnig, das Vertrauen gegenüber der Verwaltung für das vergangene Geschäftsjahr etwa zu verneinen - wie es mit der Nichtentlastung geschieht -, es aber für die Zukunft als im hin-----

274) Godin-Wilhelmi § 120 Anm. 5

reichenden Mass vorhanden zu betrachten. Darin würde aber die Alternative zu sehen sein, wenn man die Nichtentlastung nicht gleichzeitig als Vertrauensentzug = Misstrauensvotum auffasst.

Im Zusammenhang mit der Prüfung der rechtlichen Bedeutung eines Misstrauensvotums - bei welchem die Nichtentlastung der in der Praxis am häufigsten vorkommende Fall sein dürfte ²⁷⁵⁾, soll daher grundlegend das Verhältnis der drei aktienrechtlichen Organe zueinander unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Vorstandes dargelegt werden. Hierbei ist die Klärung der Frage von erst-rangiger Bedeutung, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen das mit dem Vertrauensentzug gerügte Organ seines Amtes enthoben werden kann.

aa Nichtentlastung des AR als Abberufungsgrund

Insoweit dem AR die Entlastung verweigert und damit ein Misstrauensvotum ausgesprochen wird, kann ihn die HV, sofern sie die erforderliche 3/4-Mehrheit zustandebringt, abberufen ²⁷⁶⁾. Das Misstrauensvotum steht also - wie sich auch aus der Verschiedenheit der Normen ergibt - selbständig neben dem Abberufungsakt ²⁷⁷⁾.

Auch kann ein Misstrauensvotum gegenüber dem AR für die Abberufung tatbestandsmässig keine besondere Bedeutung erlangen, weil der AR - soweit er nicht nach dem MitBestG oder dem BetrVerfG gewählt ist - jederzeit, auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, aus seinem Amt entfernt werden kann ²⁷⁸⁾. Insoweit erübrigt sich auch eine Untersuchung darüber, ob in einem Vertrauensentzug gleichzeitig ein wichtiger Grund zu sehen ist.

275) Wenn es auch der HV unbenommen ist, auf einer gem. § 122 einberufenen ausserordentlichen HV ein Misstrauensvotum auszusprechen

277) S. §§ 133 Abs. I, 120 einerseits und § 103 Abs. I andererseits

276) § 103 Abs. I; Godin-Wilhelmi § 120 Anm. 5

278) Godin-Wilhelmi § 103 Anm. 1; Baumbach-Hueck 1968, § 103 Anm. 1; Gadow-Heinichen, § 87 Anm. 17; Schlegelberger-Quassowski, § 87 Anm. 20

Die gesetzliche Änderung des § 103 gegenüber §§ 87 Abs. II, 88 Abs. IV und V AktG 1937 besteht einmal in der Zusammenfassung ²⁷⁹⁾. Zum anderen spricht das Gesetz nicht mehr von "Widerruf", sondern von "Abberufung" - wohl, um deutlich zu machen, dass es den Terminus "Widerruf" nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes benutzt wissen will ²⁸⁰⁾.

Die Streitfrage, ob mit dem Widerruf der Bestellung gleichzeitig das ihr zu Grunde liegende Schuldverhältnis (Auftrag oder Dienstvertrag) gelöst wird, kann als für das gestellte Thema unerheblich hier auf sich beruhen ²⁸¹⁾.

Für den AR wird eine Nichtentlastung oder ein sonstiges Misstrauensvotum darüber hinaus selbständig das Recht bedeuten, sein Amt niederzulegen, und zwar ohne dass es in Ansehung des dem Amt zugrundeliegenden Innenverhältnisses zu einem Vertragsbruch kommt. Zwar kann auch ein AR-Mitglied sein Amt grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen aufgeben, unter denen die Lösung des zugrundeliegenden bürgerlich-rechtlichen Verhältnisses möglich ist ²⁸²⁾.

Bei Dauerschuldverhältnissen kann jedoch die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund nie ausgeschlossen werden ²⁸³⁾ - ein Misstrauensvotum muss als solcher wichtiger Grund angesehen werden ²⁸⁴⁾.

279) Vgl. RegE Kropff S. 142

280) Vgl. § 84 Abs. 3 gegenüber § 103 Abs. 1, wiewohl in § 83 Abs. 3 das Gericht aus wichtigem Grund "abberuft", dies aber deshalb, weil es den Vorstand nicht bestellt hat

281) Vgl. Godin-Wilhelmi § 103 Anm. 2; Gadow-Heinichen, § 87 Anm. 20; Schlegelberger-Quassowski, § 87 Anm. 20; Ritter, § 87 Anm. 3; Baumbach-Hueck, § 103 Anm. 4

282) Teichmann-Köhler § 87 Anm. 3; KG in RJA 12, 40

283) Vgl. Palandt § 242 Anm. 4 d

284) Baumbach-Hueck 1968, § 120 Anm. 10

bb Die Nichtent-
lastung des Vor-
standes als Abbe-
rufungsgrund

Eine Abberufung des Vorstandes obliegt - eben-
sowenig wie seine Bestellung - nicht der Zu-
ständigkeit der HV, eine entsprechende Kom-
petenz kann ihr auch nicht durch die Satzung
übertragen werden²⁸⁵⁾ 286). Es bedarf zu
ihr stets eines wichtigen Grundes.

In § 84 Abs. III S. 2 ist jedoch bestimmt,
dass der AR bei Vorliegen eines Misstrauens-
votums, das als wichtiger Grund aufgezählt
ist, die Bestellung des Vorstandes widerrufen
kann, sofern nicht das Vertrauen aus offen-
sichtlich unsachlichen Gründen entzogen wor-
den ist²⁸⁷⁾.

Eine selbständige Prüfung der Frage, ob die HV
mit dem Ausspruch des Misstrauensvotums gleich-
zeitig die Entfernung des Vorstandes aus dem
Amt beabsichtige, wie sie anscheinend teil-
weise für notwendig gehalten wird²⁸⁸⁾, wird
man für überflüssig halten können; denn eine
derartige Absicht der HV muss mit Rücksicht
auf die Alleinzuständigkeit des AR zum Wider-
ruf der Bestellung irrelevant sein²⁸⁹⁾. Das
Gesetz anerkennt in § 84 Abs. III nur die Zu-
ständigkeit der HV zum Ausspruch von Misstrau-
ensvoten, es gibt in dem hier angezogenen
§ 120 auch den²⁹⁰⁾ häufigsten Anwendungsfall,
es gewährt der HV aber keinerlei Rechte, den
AR zu einem bestimmten Tun zu veranlassen²⁹¹⁾.

285) §§ 23 Abs. IV, 84

286) Anders der Rechtszustand vor 1937: Gem.
§ 231 Abs. II HGB war die Abberufung durch
die GV ohne Vorliegen eines Grundes stets
möglich

287) Ein freies Abberufungsrecht kennt das
AktG nicht (vgl. Bärmann § 42)

288) Godin-Wilhelmi § 120 Anm. 5; Baumbach-Hueck
1968, Anm. 10 zu § 120

289) Vgl. BGH 13, 193

290) In der Praxis

291) Vgl. Baumbach-Hueck 1968, Üb. vor § 76
Anm. 4 und 5

Folgerichtig wird auch der AR nicht rechtlich verpflichtet sein, nach den dem Misstrauensvotum zugrundeliegenden Zielen zu forschen - ob er tunlichst in der Mehrzahl der Fälle eine derartige Prüfung anstellen wird, ist eine andere, später zu erörternde Frage.

Die Bedeutung eines von der HV gegenüber dem Vorstand ausgesprochenen Misstrauensvotums als Mittel der Einflussnahme auf die A.G. hängt also weitgehend von der Beantwortung der Frage ab, wie der AR sich im Fall eines derartigen Vertrauensentzugs verhalten kann.

Ist er in einem solchen Fall verpflichtet, den Vorstand zu entlassen ²⁹²⁾, so wäre in der Zuständigkeit der HV zur Erklärung von Misstrauensvoten ein sehr bedeutendes Mittel zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung zu sehen; denn der unter dem Druck des jederzeit möglichen Vertrauensentzugs stehende Vorstand wäre darauf angewiesen, sich für alle wichtigen Entscheidungen eine entsprechende Mehrheit in der HV zu suchen.

Einer solchen Auslegung des § 84 Abs. III S. 2 widerspricht jedoch die Gesetzesfassung, wonach der AR bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Bestellung zum Vorstand widerrufen kann. Andernfalls müsste es heissen: "... so widerruft der AR die Bestellung" ²⁹³⁾. Darüber hinaus würde eine solche Auffassung das AR-Amt, dem eigene, unabhängige und gleichwertige Organstellung zukommt ²⁹⁴⁾, diskreditieren und seine Inhaber zu

292) So anscheinend Godin-Wilhelmi § 87 Anm. 3, Gadow-Heinichen § 75 Anm. 14, wo allerdings zugestanden wird, zwingen könne die HV den AR zur Entlassung nicht, in etwa auch Baumbach-Hueck 1968, § 120 Anm. 12, dieselben jedoch abweichend in Üb. vor § 76 Anm. 6, von Falkenhäusen S. 17

293) Vgl. § 163 Abs. I für die Erteilung des Prüfungsauftrags an die Prüfer

294) Vgl. Schlegelberger-Quassowski § 95 Anm. 1; Baumbach-Hueck 1968, Üb. vor § 76 Anm. 5 und 8

blossen Verrichtungsgehilfen der HV hinabsetzen.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob der AR bei Vorliegen eines Misstrauensvotums frei ist, die Bestellung des oder der Vorstandsmitglieder zu widerrufen. Auch dann - also wenn zwischen dem Vertrauensentzug durch die HV und der Amtsenthebung durch den AR eine eigenständige Entscheidung des AR, die er nach Gutdünken treffen könnte, liegen würde - käme dem Instrument des Misstrauensvotums in der Hand der HV ein entscheidender Einflusscharakter zu, zumal die HV bei der Fassung ihrer Beschlüsse grundsätzlich keine Rechtsausübungsmaßstäbe zu beobachten hat ²⁹⁵⁾, wie dies gem. §§ 93, 116 iVm 93 für Vorstand und AR der Fall ist ²⁹⁶⁾.

Mit der Widerrufbarkeit der Bestellung des Vorstandes aus wichtigem Grund übernimmt das AktG einen Rechtsgedanken des allgemeinen Kündigungsrechts, das von dem Prinzip gekennzeichnet ist, dass alle Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund aufgelöst werden können ²⁹⁷⁾. Die Aufzählung der wichtigen Gründe in § 84 Abs. III S. 2 ist beispielhaft und nicht erschöpfend ²⁹⁸⁾. In dieser Aufzählung erfährt der Vertrauensentzug als wichtiger Grund insoweit eine Einschränkung, als er nicht aus offenbar unsachlichen Gründen erfolgt sein darf, im gegenteiligen Fall dürfte der Widerruf nicht erfolgen, er wäre also unrechtlich ²⁹⁹⁾.

295) § 117 Abs. VII Ziff. 1

296) Die Rspr erkennt sogar an, dass es weder gegen die guten Sitten noch gegen § 195 AktG 1937 verstosse, wenn der Mehrheitsaktionär den AR ausschliesslich mit Personen seiner Wahl besetzt und hiermit den Zweck verfolgt, eine ihm genehme Zusammensetzung des Vorstandes zu erreichen (BGH in BB 1962 S. 816)

297) Vgl. Palandt § 242 Anm. 4 d

298) Vgl. Baumbach-Hueck 1968, § 84 Anm. 14; Baumbach-Hueck § 75 Anm. 5 C; Schlegelberger-Quassowski § 75 Anm. 11

299) argumentum e contrario; aA Schlegelberger-Quassowski § 75 Anm. 11, wo auf jede Prüfung verzichtet wird

Es kann also als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass der AR auch bei Vorliegen eines Misstrauensvotums der HV nicht frei ist, den Vorstand zu entlassen. Er kann dies nur tun, wenn der Vertrauensentzug nicht aus offensichtlich unsachlichen Gründen erfolgt ist.

Für die Beantwortung der Frage, wann nach den dargelegten Grundsätzen ein unrechtmässiger Widerruf vorliegt, muss eine entsprechende Entscheidung des BGH ³⁰⁰⁾ herangezogen werden, die bei der Neukodifikation des AktG 1965 für die Abfassung des § 83 Abs. III Pate gestanden hat ³⁰¹⁾.

In der genannten Entscheidung stellte der BGH erstmals den Vertrauensentzug der in § 75 AktG 1937 beispielhaft genannten groben Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemässen Geschäftsführung gleich. Es drängen sich hier Zweifel dahingehend auf, ob der blosser Vertrauensentzug durch die HV, der noch dazu rein willkürlich erfolgen kann und zu dem bei der hier vertretenen Ansicht auch die Nichtbilligung eines Jahresabschlusses zu zählen ist, gleichrangig neben eine grobe Pflichtverletzung oder die Unfähigkeit zur ordnungsgemässen Geschäftsführung gestellt werden kann: Die Verärgerung einer HV über einen Jahresabschluss, der nur die Ausschüttung einer schmalen Dividende ermöglicht, ist doch wohl sehr wesensverschieden von den anderen genannten Gründen ³⁰²⁾.

So erfolgte auch die Aufnahme des hier untersuchten Abberufungsgrundes entgegen die erklärte Ab-

300) 13, 193 ff; vgl. auch 15, 389 ff

301) Vgl. Kropff S. 106, wonach durch die Neufassung des § 83 eine Änderung der bestehenden Rechtslage nicht eingetreten sein soll und lediglich auf die Rechtsprechung des BGH Bezug genommen wird

302) In diesem Sinne auch Duden in BB 1961, 225

sicht des BT-Arbeitsausschusses ³⁰³⁾. Dort wird ausgeführt, dass durch die Fassung des RegE (der dann auch Gesetz geworden ist) dem Vertrauensentzug durch die HV für den Widerruf der Bestellung des Vorstandes eine grössere Bedeutung zukomme, als er nach geltendem Recht habe.

Der BGH ³⁰⁴⁾ liess sich bei seiner die neue Gesetzgebung beeinflussenden Entscheidung von der Überlegung leiten, es könne nicht der Ansicht (des Vorgerichts) gefolgt werden, ein wichtiger Grund für die Abberufung sei in einem Vertrauensentzug nur dann zu sehen, wenn begründete Zweifel an der Ordnungsgemässheit der Geschäftsführung bestünden; denn - so der BGH - das liefe auf eine Abberufung aus dem Grunde nachweisbar nicht ordnungsgemässer Geschäftsführung hinaus.

Einschränkend wird dann ³⁰⁵⁾ ausgeführt, man könne auch nicht der Ansicht folgen, ein Vertrauensentzug sei selbstverständlich ein wichtiger Grund für die Abberufung ³⁰⁶⁾; denn die durch § 75 Abs. III AktG 1937 gegenüber § 231 Abs. III HGB erfolgte Änderung habe gerade verhindern wollen, dass der Vorstand in ein zu starkes Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem AR gerate. Zweck des § 75 Abs. III AktG 1937 sei es gewesen, dem Vorstand die Sorge vor grundloser Abberufung zu nehmen und ihm ein sicheres Arbeiten zu ermöglichen. Der Vertrauensentzug sei nur dann ein wichtiger Grund für die Abberufung, wenn er nicht aus unsachlichen Gründen erfolge, der Abberufung

³⁰³⁾ Vgl. Kropff S. 107

³⁰⁴⁾ 13, 192

³⁰⁵⁾ 13, 193

³⁰⁶⁾ So die amtl. Begründung zu § 75 AktG 1937, vgl. Reichs- und Preussischer Staatsanzeiger Nr. 28 vom 4.1.1937; Schlegelberger-Quassowski § 75 Anm. 11; Schmidt § 75 Anm. 14; Baumbach-Hueck § 75 Anm. 5 C; Teichmann-Köhler § 75 Anm. 3 b

nicht zum Vorwand diene, nicht willkürlich, haltlos oder wegen der damit verfolgten Zwecke unrechtlich sei - etwa, weil er gegen Treu und Glauben verstosse.

Diese Interpretation der Sachlichkeit des Vertrauensentzugs ist schwer abgrenzbar gegenüber der vorausgehenden Feststellung, es bedürfe in diesem Zusammenhang keiner Prüfung der Frage, ob begründete Zweifel an der Ordnungsgemässheit der Geschäftsführung bestehen; denn - so könnte man fragen, in welcher Richtung sollte die dem AR gemäss § 116 obliegende Prüfungspflicht sich in der Praxis auswirken? Auf welche Überlegungen sollte er bei der Untersuchung der Frage, ob der Vertrauensentzug einen tauglichen Widerrufsgrund abgibt, seine Entscheidung stützen, zumal unbestritten nach BGH³⁰⁷⁾ und § 84 Abs. III ihm allein die Widerrufskompetenz zusteht³⁰⁸⁾? Andererseits ist nämlich auch anerkannt, dass der AR bei seinen Beschlüssen von keiner Weisung der HV abhängt³⁰⁹⁾. Zu einem fehlerfreien Ergebnis bei seiner Willensbildung kann der AR doch in der Regel nur kommen, wenn er bei einem vorliegenden Misstrauensvotum das vom Vorstand der Gesellschaft gegenüber zu beobachtende Verhalten einer kritischen Analyse unterzieht. Der am ehesten vorstellbare Bezugspunkt dafür ist aber die Geschäftsführung - im weitesten Sinne verstanden. Dabei wird nicht übersehen, dass es "sachliche" Misstrauensvoten gibt, deren Gründe ausserhalb der Geschäftsführungssphäre liegen: so ist es beispielsweise durchaus denkbar, dass die HV einem Vorstandsmitglied deshalb ihr Vertrauen entzieht, weil dessen private Lebensführung als nicht

307) aaO

308) Vgl. auch Schlegelberger-Quassowski § 75

Anm. 9

309) Vgl. Baumbach-Hueck 1968, Üb. vor § 76 Anm. 5

mehr mit dem Ansehen der Gesellschaft vereinbar zu beurteilen ist. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit, die sich die Untersuchung der Einflussnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsführung zum Ziele gesetzt hat, können auf solche Tatbestände begründete Misstrauensvoten aber kaum von Interesse sein.

Für die Lösung des Problems bietet sich folgender Weg an : Ein auf die Art der Amtsführung durch den Vorstand begründetes Misstrauensvotum der HV gibt dann einen tauglichen Abberufungsgrund, wenn Umstände dargetan werden, die - ihre Richtigkeit unterstellt - einen Fehler in der Führung der Geschäfte durch den Vorstand erkennen lassen. Eine solche Einstufung des Vertrauensentzuges als brauchbares Abberufungsinstrument beugt einerseits der vom BGH gesehenen Gefahr vor, die ausschliessliche Entlassungsmöglichkeit wegen begründeter Zweifel an der ordnungsgemässen Geschäftsführung käme einer Abberufung wegen nachweisbar fehlerhafter Geschäftsführung gleich und somit sei die Auswechselbarkeit von solchen Vorstandsmitgliedern unbillig erschwert, die nicht mehr das Vertrauen der HV genössen. Zum anderen verhindert sie - entsprechend dem Willen des BGH und der Begründung des RegE ³¹⁰⁾ -, dass der Vorstand in ein zu starkes Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem AR und damit der HV gerät. In diesem Sinne wohl auch BGH-Urteil vom 7. 6. 1962 in BB 1962 S. 816, wo eine besonders sorgfältige Prüfung darüber verlangt wird, ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorgelegen hat.

Aus der Hereinnahme des Evidenztatbestandsmerkmals in das Gesetz ("offensichtlich unsachliche Gründe") folgt, dass die HV die Motive für ihren

310) Vgl. Kropff S. 106

Vertrauensentzug offen darlegen muss, damit dem Vorstand die Möglichkeit zur Rechtfertigung gegenüber der HV und dem AR erhalten bleibt.

Nur bei einer derartigen Offenlegung der Gründe ist es dem AR möglich, festzustellen, ob der Vertrauensentzug entsprechend den Regeln der Rechtsprechung des BGH willkürlich, haltlos oder wegen der mit ihm verfolgten Zwecke unrechtlich ist oder ob er der Abberufung nur zum Vorwand dient.

Nicht wird durch die Aufstellung des Evidenztatbestandsmerkmals erreicht - wie man bei oberflächlicher Auslegung meinen könnte -, der Vorstand trage das Risiko dafür, dass die HV ihre (unsachlichen) Vertrauensentzugsgründe gegenüber dem AR so geschickt verbrämt, dass dieser sie nicht erkennt.

Liegt ein unter den aufgezeigten Voraussetzungen zustandegekommenes Misstrauensvotum vor, so ist (- wie im übrigen bei allen anderen beispielhaft aufgezählten Entlassungsgründen-) der AR rechtlich gesehen immer noch nicht vollkommen frei, den Widerruf auszusprechen. Dies folgt aus der gesetzlichen Kannfassung in § 84 Abs. III. Diese - eher im Verwaltungsrecht beheimatete - Formulierung ruft ihren Adressaten - hier den AR - auf, bei Vorliegen tatbestandsmässig umschriebener Bedingungen - hier einem " offensichtlich nicht aus unsachlichen Gründen erfolgten " Misstrauensvotum - eine selbständige Prüfung darüber anzustellen, ob eine Massnahme, die generell getroffen werden kann, im Einzelfall auch gerechtfertigt erscheint. Es handelt sich also um die Einräumung eines Ermessens. Unterlässt der AR eine derartige Prüfung, so begeht er einen Ermessensfehler durch Unterlassen und verletzt mit ihm seine Pflichten als ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer (§§ 116, 93).

Daran ändert sich auch nichts durch den Haftungsausschluss in § 93 Abs. IV S. 1 : Es handelt sich bei dieser Vorschrift nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um einen Haftungsausschließungsgrund gegenüber der Gesellschaft. Das ergibt sich aus § 93 Abs. V S. 3, wonach eine (etwaige) Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft bestehen bleibt.

Der AR hat also auch bei Vorliegen eines " tauglichen " Misstrauensvotums sorgfältig (§§ 116, 93) abzuwägen, ob die Entlassung oder die Beibehaltung des Vorstandes trotz Vertrauensentzugs durch die HV die für die Gesellschaft günstigere Massnahme ist.

Die Schwierigkeiten, die entstehen können, wenn der Vorstand der Ansicht ist, der AR habe ihm aufgrund eines " offensichtlich unsachlichen " Misstrauensvotums entlassen, regelt § 84 Abs. III S. 4. Danach ist der Vorstand mit dem - auch zu Unrecht erfolgten - Widerruf seiner Bestellung nicht mehr Vorstand der Gesellschaft.

In einem Feststellungsverfahren vor dem Prozessgericht ³¹¹⁾ hat er alsdann einen Rechtsstreit mit dem Ziel der Feststellung der Unwirksamkeit des Widerrufs zu führen, wobei es ihm obliegt, die Unrechtmässigkeit seiner Entfernung aus dem Amt zu beweisen. Hierbei genügt es nach dem Gesagten nicht, dass der Beweis dafür angetreten wird, der Vertrauensentzug sei aus unsachlichen Gründen erfolgt: Der entlassene Vorstand muss darüber hinaus dartun, dass die Entlassung auf offensichtlich unsachlichen Beweggründen fusst. D.h. im Zeitpunkt des Ausspruchs des Misstrauensvotums müssen die von -----

311) Baumbach-Hueck 1968, § 84 Anm. 15;
Schlegelberger-Quassowski § 75 Anm. 12

der HV dargelegten Vorwürfe entweder von vorneherein unsachlich gewesen sein oder aufgrund der Stellungnahme durch den Vorstand muss ihnen die Schlüssigkeit genommen worden sein.

Die Wirkung eines obsiegenden Urteils ist dabei umstritten : Ein Teil der Literatur ³¹²⁾ ist der Ansicht, ein Recht auf Wiederbestellung stehe dem Vorstand nicht zu, er sei vielmehr auf Schadensersatzansprüche beschränkt. Man folgt damit wohl praktischen Bedürfnissen und will den Schwierigkeiten aus dem Weg gehen, die dann entstehen können, wenn - wie es die Regel sein wird - im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils bereits ein neuer Vorstand bestellt worden ist.

Diese Meinung widerspricht jedoch dem klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 84 Abs. III S. 4), wonach der Widerruf bis zur gerichtlichen Feststellung wirksam ist. Das kann aber nur bedeuten, dass mit der Rechtskraft des obsiegenden Urteils der entlassene Vorstand wieder Vorstand ist und auch zum HR angemeldet werden muss ³¹³⁾.

Bei der dargelegten Ansicht über die Tauglichkeit eines Misstrauensvotums können Zweifel entstehen, wie zu entscheiden ist, wenn das Vertrauen aus Gründen entzogen wird, die eine rechtmässige Vorstandsentscheidung betreffen, die aber ihrerseits nicht unsachlich sind. Hier mag zur Verdeutlichung folgendes Beispiel herangezogen werden:

312) Möhring-Rowedder-Schwartz-Haberlandt
S. 81

313) Sowohl auch Würdinger S. 116; Baumbach-Hueck
§ 75 Anm. 5 D; Baumbach-Hueck 1968, Anm. 14;
Schlegelberger-Quassowski § 75 Anm. 12

Der Vorstand der A-A.G. schliesst ein die Gesellschaft über längere Zeit verpflichtendes Geschäft mit der B-A.G. ab. Der Mehrheitsaktionär ist der Auffassung, ein Abschluss zu denselben Bedingungen mit der C-A.G. wäre günstiger gewesen. Deshalb verweigert er am Jahresende der Verwaltung die Entlastung oder entzieht ihr auf einer ausserordentlichen HV das Vertrauen.

Der Vertrauensentzug ist sicher nicht aus unsachlichen Gründen erfolgt; denn durchaus sachbezogene Motive können für einen Abschluss mit der C-A.G. sprechen. Ein unsachliches Misstrauensvotum läge also nicht vor.

Nach Godin-Wilhelmi Anm. 314) müsste nun der AR die Bestellung widerrufen. Dass diese Auslegung mit Rücksicht auf die gesetzliche "Kannfassung" zu eng ist, wurde bereits ausgelegt 315). Könnte aber in Ansehung der aufgezeigten Rechtsprechung des BGH der Vorstand zu Recht entlassen werden, würde der AR sein Ermessen dann noch rechtmässig ausüben? Dagegen würde sprechen, dass hierin ein zu starkes Übergreifen der HV in die gem. §§ 76, 77 dem Vorstand vorbehaltene Geschäftsführungssphäre zu sehen ist 316). Die h.M. 317) würde auf dem Standpunkt stehen, dass eine rechtmässige Entlassung zulässig sein würde. Hiergegen würde weiterhin sprechen, dass der Vorstand auf diese Weise zu einer dauernden "vertrauensvollen Zusammenarbeit" mit der HV verurteilt sein würde 318). Eine derartige vertrauensvolle Zusammenarbeit ist aber bei der A.G. - wenn man vom Ausnahmefall des § 119 II absieht - nicht nur

314) v. Falkenhausen S. 17;

§ 87 Anm. 3; Gadow-Heinichen § 75 Anm. 14

315) Vgl. S. 110

316) Vgl. Duden in BB 1961, 226

317) Vgl. Filbinger S. 27; Rasch S. 101; Geßler in "Die A.G." 1965 S. 345

318) So Schlegelberger-Quassowski § 75 Anm. 11

nicht möglich, sondern unzulässig³¹⁹⁾: Die A.G. ist eine Vereinigung von Geld und Geldeswert zum Zweck der Verwaltung durch fremde Kräfte³²⁰⁾. So würde auch der Einwand nicht treffen, im Fall des Gross- oder Alleinaktionärs würden Kapitalrisiko und Verfügungsmacht in unerträglicher Weise auseinanderfallen; dagegen könnte nämlich auch vorgebracht werden, bei einer Gesellschaft, deren Mitgliedschaft durch Übertragung des Inhaberpapiers Aktie unschwer gewechselt werden kann, die Verantwortung bei einer unparteilichen, nur der Gesellschaft verpflichteten, treuhänderisch waltenden Institution zu liegen habe. Nicht überzeugen kann auch die Berufung auf das vielbemühnte Schlagwort vom "wirtschaftlichen Eigentum"³²¹⁾ der Aktionäre. Allein die Etikettierung des Eigentums in dieser Form beweist, dass es sich nicht um Eigentum im rechtlichen Sinn handelt, bei welchem die alleinige Verfügungsgewalt bei demjenigen liegt, dem es rechtlich zugeordnet ist. Wenn man das Bestehen eines wirtschaftlichen Eigentumsbegriffs anerkennt³²²⁾, so nur in dem Sinn, dass es eben nicht die allumfassende Verfügungsbefugnis verleiht, die dem rechtlichen Eigentum innewohnt. Die Bezeichnung "wirtschaftliches Eigentum" mag zwar als sozial-politisches Programm der breiten Vermögensstreuung einen Sinn haben, für die Entscheidung der Frage, welche Rechte den Aktionären zukommen, ist es nicht brauchbar³²³⁾.

319) Vgl. Duden aaO

320) Vgl. Brodmann § 178 Anm. 3 b

321) Von Großfeld S. 193 ironisierend als "politisches Glaubensbekenntnis" apostrophiert

322) Ablehnend Semler S. 16

323) Vgl. Wiethölter in "Publikumsgespräche" S. 38, 39; vgl. auch Vallenthin in Jagenburg in "Die A.G." 1965, S. 167 Fussn. 41; vgl. auch Baumbach-Hueck 1968, Üb. v. § 76 Anm. 4 und 5

Mit Rücksicht auf die geschilderten Bedenken wird man sich auf den Standpunkt zu stellen haben, dass der AR in einem Fall wie dem geschilderten Beispiel sein ihm zustehendes Ermessen besonders sorgfältig anzuwenden hat: Entspräche nach seiner sorgfältigen Prüfung die von der Mehrheit der HV geforderte Massnahme mehr oder zumindest in gleichem Masse dem Wohl der Gesellschaft wie die vom Vorstand vorgenommene oder beabsichtigte, so wird man eine Ausübung des Widerrufsrechts nicht als Ermessensverstoss anzusehen haben. Im gegenteiligen Fall müsste aber die Entlassung als Ermessensfehler qualifiziert werden. Allerdings wird sich der Vorstand hierauf nicht berufen können, da - so wird § 84 Abs. III zu lesen sein - der Vorstand in dem erwähnten Feststellungsverfahren sich nur auf die fehlsame Annahme eines wichtigen Grundes berufen kann. Sonst würde - insbesondere bei der Entlassung aufgrund eines Misstrauensvotums - das Gericht letztlich Geschäftsführungsmassnahmen auf ihre Zweckmässigkeit hin zu überprüfen haben.

So wird auch bei der hier vertretenen Ansicht nicht übersehen, dass die aufgezeigten Konflikte in der Praxis weitgehend eine abweichende Lösung im Sinne der HV-Mehrheit erfahren. Dies insbesondere deshalb, weil - wie dargelegt - ³²⁴⁾ der AR der jederzeitigen Abberufung durch die HV ausgesetzt ist. Er wird daher in aller Regel bei einem vorliegenden Misstrauensvotum den Vorstand entlassen, ohne die komplizierten Überlegungen der aufgezeigten Art anzustellen, eine unrechtmässige Ermessensausübung durch den AR wird meist ohne Sanktion bleiben. Die mit dieser Sachlage verbundene Gefahr findet auch Ausdruck im Ausschussbericht ³²⁵⁾, wenn es dort wörtlich heisst :

³²⁴⁾ Vgl. S. 106 f

³²⁵⁾ Vgl. Kropff S. 107

"Der Ausschuss für Arbeit empfiehlt, die Ergänzung zu streichen und Abs. III S. 2 wie folgt zu fassen : "Ein solcher Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemässen Geschäftsführung". Er befürchtet, dass durch die Fassung des Regierungsentwurfs der Vertrauensentzug durch die HV für den Widerruf der Bestellung des Vorstandes eine grössere Bedeutung erlange, als ihr nach geltendem Recht zukomme. Zwar möge es theoretisch richtig sein, dass auch nach der Fassung des Regierungsentwurfs bei einem Vertrauensentzug durch die HV der AR die letzte Entscheidung über den Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern behalte. Praktisch werde jedoch dem AR nichts anderes übrigbleiben, als bei einem Misstrauensvotum der HV das Vorstandsmitglied abzuoberufen. Sonst gerate der AR in einen Konflikt mit der HV und müsse seine eigene Abberufung befürchten".

Somit kommt es de facto - nicht de iure - zu der von Duden ³²⁶⁾ angeprangerten " Abberufung des Vorstandes durch das Sprachrohr des AR ". Nicht Überzeugend wirkt auch die zustimmende Stellungnahme bei Baumbach-Hueck ³²⁷⁾ mit dem Argument, dass die (faktische) Abhängigkeit des Vorstandes von der HV dem Wesen der A.G. als Kapitalgesellschaft entspricht.

Korrigiert wird dieser der gesetzlichen Kompetenzverteilung nicht vollkommen entsprechende Zustand einmal durch die beschränkte gerichtliche Nachprüfbarkeit. Zum anderen dadurch, dass das Misstrauensvotum zwar mit einfacher, die Abberufung der AR-Mitglieder aber nur mit 3/4-Mehrheit ausgesprochen werden kann. Mithin ist die Einflussnahmemöglichkeit durch das Misstrauensvotum (besser: Die Drohung mit ihm) für den einfachen Mehrheitsaktionär wesentlich eingeschränkt; denn

326) BB 1961, 227

327) Vgl. Üb. v. § 76 Anm. 6

die vom Arbeitsausschuss gesehene Konfliktsituation wird nur dort relevant, wo das Misstrauensvotum sich auf eine 3/4-Mehrheit stützen kann.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein Misstrauensvotum der HV in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH keineswegs stets einen tauglichen Abberufungsgrund abgibt ³²⁸⁾ und deshalb ebensowenig die Drohung mit ihm als ein ideales Instrument dafür angesehen werden kann, den Vorstand dem Mehrheitswillen der HV bei seiner Amtsführung gefügig zu machen. Wäre dem so, dann bedürfe es nicht der zeitlichen Limitierung der Bestellung auf maximal fünf Jahre (§ 84 Abs. I S. 1) ³²⁹⁾. Hinsichtlich der vom AR eigenverantwortlich zu treffenden Entscheidung über die Entlassung und in Ansehung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Rechtmässigkeit der Entfernung aus dem Amt bestehen immerhin zwei bedeutsame Sicherungen, die den Vorstand vor willkürlichen Übergriffen in seinen Kompetenzbereich schützen ³³⁰⁾.

Schwächend auf die Stellung des Vorstandes wirkt sich der Umstand aus, dass auch bei einer unrechtmässigen Entlassung der Vorstand zunächst sein Amt verliert, wobei ihm nur die Möglichkeit verbleibt, in einem - womöglich dreinstanzlichen Verfahren - die Unrechtmässigkeit seiner Entlassung gerichtlich feststellen zu lassen. Einflusssteigernd auf die Stellung der HV wirkt sich fernerhin der Umstand aus, dass der AR jederzeit abberufbar ist - allerdings nur mit der erwähnten 3/4-Mehrheit. Zu einem volleinsatzfähigen Werk-

328) So könnte Geßler in "Die A.G." 1965, 345 missverstanden werden

329) So aber Baumbach-Hueck 1968, Üb. v. § 76 Anm. 6, wo aufgeführt wird, die HV könne jede ihr nicht genehme Geschäftsführungsmassnahme zum Anlass eines Misstrauensvotums nehmen

330) Vgl. Kropff S. 106

zeug der Einflussnahme wird das Misstrauensvotum also erst, wenn es sich auf diese Mehrheit stützen kann.

Der Gedanke soll nicht unerwähnt bleiben, dass die lege ferenda entsprechend den Formulierungen des Rechtsausschusses ³³¹⁾ bei einer Neufassung des Gesetzes das Misstrauensvotum als Abberufungsgrund gestrichen werden sollte. Es steht - neben den im Ausschussbericht ³³²⁾ dargelegten Bedenken - zu befürchten, dass die Rechtsprechung, sich vom Gedanken einer falsch verstandenen aktienrechtlichen Demokratie leiten lassend ³³³⁾, das Misstrauensvotum immer unkritischer als wichtigen Abberufungsgrund gelten lässt. Wie die Rechtsprechung des BGH beweist, kann man auch ohne tatbestandsmässige Erwähnung des Vertrauensentzugs zu den Bedürfnissen der Praxis entsprechenden Entscheidungen kommen.

Die Bedeutung
eines "gesetz-
mässigen Be-
schlusses"
der HV

Schliesslich könnte in § 119 Abs. II, der bereits zur Prüfung der Frage Veranlassung gegeben hat, ob grundsätzlich eine Zuständigkeit der HV in Geschäftsführungsfragen gegeben sein kann, eine Möglichkeit für die HV zu sehen sein, auf die Geschäftsführung massgeblichen Einfluss zu nehmen.

Zwar sind nur solche Beschlüsse der HV für den Vorstand bindend, die dieser in einer bestimmten Angelegenheit von der HV verlangt, auch kann der Vorstand nicht gezwungen werden, von der Möglichkeit des § 119 Abs. II Gebrauch zu machen;

331) Vgl. S. 121

332) Vgl. Kropff S. 107

333) Aktienrechtliche Demokratie bedeutet nach David-Hanseemann (Zitat nach Mestmäcker S.19), dass nicht nach Anteilen, sondern nach Köpfen abgestimmt wird. Folgt man der Auffassung von Hanseemann, so ist das geltende Aktienrecht mit seinem Prinzip der Kapitalmehrheit nicht aktiendemokratisch

denn diese Vorschrift gewährt dem Vorstand offensichtlich ein Recht, stellt aber keine ihn belastende Pflicht auf, dennoch könnte die Einflussmöglichkeit folgendermassen konstruiert werden: In dem Bestreben, sich das Wohlwollen der HV zu erhalten, kann der Vorstand geneigt sein, den Wünschen der HV weitestgehend zu willfahren. Würde er die Erfüllung solcher Wünsche bei pflichtgemässer Amtsführung verwehren müssen, so würde er auf der Suche nach einem Weg, ohne Pflichtverletzung den Anregungen der HV zu folgen, versucht sein, einen solchen Wunsch der HV in einen gesetzmässigen Beschluss der HV umzuwandeln (§ 93 Abs. IV S. 1). Gesetzmässig kann aber nur ein Beschluss sein, zu dessen Fassung die HV zuständig ist ³³⁴⁾. Eine Gesetzmässigkeit könnte erreicht werden, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, es müsse dem Vorstand unbenommen sein, einen ihn nicht bindenden Beschluss auszuführen, der dann bindend würde, wenn er auf seine Initiative hin von der HV gefasst worden wäre, wenn also der Vorstand die bindende und damit gesetzmässige Wirkung durch eine von ihm veranlasste wiederholte Abstimmung erreichen könnte ³³⁵⁾.

Godin-Wilhelmi begründen ihre Ansicht damit, dass es widersinnig wäre, den Vorstand, nachdem die HV gesprochen habe, zu verpflichten, die HV nochmals einzuberufen, um sie zu befragen, ob der gefasste Beschluss wirklich ausgeführt werden solle.

Diese Argumentation geht also davon aus, dass es in der Macht des Vorstands liegt, durch erneute

³³⁴⁾ Vgl. Schilling § 84 Anm. 32; Baumbach-Hueck § 84, 6A

³³⁵⁾ Godin-Wilhelmi § 93 Anm. 22

Vorlage einen ihn nicht bindenden Beschluss "umzuschaffen".

Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass keine Verpflichtung des Vorstandes erkennbar ist, derzufolge er einen ihn nicht bindenden Beschluss erneut der HV vorzulegen habe.

Wo aber keine Verpflichtung besteht, hat der Vorstand nach seinem freien, pflichtgemässen Ermessen zu verfahren. Danach trifft ihn die Pflicht, im Interesse der ihm anvertrauten A.G. eine erneute Vorlage der Angelegenheit an die HV zu unterlassen, wenn zu befürchten steht, dass diese auf ihrem möglicherweise rechtswidrigen - d.h. für die Gesellschaft schädlichen - Beschluss beharrt, der diesmal für den Vorstand bindend sein würde und die Verpflichtung enthielte, eine schädliche Massnahme durchzuführen. Das ergibt sich aus der generellen Pflicht des Vorstandes, bei allen Massnahmen der Geschäftsführung stets das Wohl der Gesellschaft zu verfolgen. Besonders deutlich wird das, wenn man bedenkt, dass auch im Fall eines gesetzmässigen Beschlusses eine Haftung gegenüber den Gläubigern bestehen bleibt (§ 93 Abs.IV).

Da § 93 einen Fall der Verschuldenshaftung regelt, muss es dem Vorstand möglich sein, selbst bei Vorliegen einer an sich bindenden Weisung deren Befolgung zu verweigern, wenn mit ihrer Ausführung gegen die Pflichten einer ordnungsmässigen Geschäftsführung verstossen würde; denn es ist ein Merkmal der Verschuldenshaftung, dass ihr ein vorwerfbares (= vermeidbares) Verhalten zugrunde liegt.

n Das Verhältnis
des Vorstandes
zu den übrigen
Organen

aa Die HV
"Oberstes
Organ" ?

Wenn dargestellt wurde, dass die HV mit nur wenigen Ausnahmen das einzige Forum ist, in welchem der Aktionär seinen Einfluss geltend machen kann, und wenn weiter herausgestellt wurde, dass die - wenn man vom Misstrauensvotum absieht - aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Zuweisung der HV vorbehaltenen Kompetenzen nur wenig geeignet sind, Einflüsse auf die Führung der laufenden Geschäfte zu nehmen, so fragt sich, ob aus anderen gesetzlichen Bestimmungen eine weitergreifende Macht der HV, die noch von vielen Autoren als "Oberstes Organ" angesehen wird ³³⁶⁾, herausgelesen werden kann ³³⁷⁾. Es steht ausser Zweifel, dass nach früherem Recht ³³⁸⁾ der Vorstand an Weisungen der HV gebunden und vollständig von ihr abhängig war. So gibt es auch heute noch eine entsprechende Bestimmung im schweizerischen Aktienrecht ³³⁹⁾, wonach die Generalversammlung als oberstes Organ der A.G. jede Verwaltungsmassnahme erzwingen kann ³⁴⁰⁾.

Auch das geltende Aktienrecht misst der HV, wie aus § 17 Abs. II erhellt, eine hervorragende Bedeutung zu ³⁴¹⁾. Rasch geht sogar so weit, zu behaupten, aus der Beteiligung erwachse das Recht zur Mitbestimmung der A.G. ³⁴²⁾. Ihm ist

- ³³⁶⁾ Vgl. statt aller Hueck, § 24 Abs. I, § 26
³³⁷⁾ In diesem Sinne, wenn auch zweifelnd, Bärman, S. 36, der im Hinblick auf die Einschränkung der Befugnisse der HV durch die anderen Organe von einer "theoretischen Anerkennung" der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ spricht
³³⁸⁾ Vgl. §§ 226 Abs. III, 231, 250 HGB
³³⁹⁾ Art. 722 Abs. II S. 1 OR
³⁴⁰⁾ Vgl. Carlsch S. 143
³⁴¹⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi § 17 Anm. 1
³⁴²⁾ S. 108. Dem ist auch v. anderer Seite zu begegnen: Unter Mitbestimmung versteht der Gesetzgeber, wie sich aus dem MitBestG v. 21.5.1951, vgl. BGBI I S. 347 ergibt, die aktive Teilnahme an der Geschäftsführung in der Form der Stellung eines Vorstandsmitglieds (Arbeitsdirektor). Wo nur von einer Repräsentanz im AR die Rede ist, spricht das Gesetz von BetrVerfG v. 11.10.1952, vgl. BGBI I S. 681

sicher insoweit beizupflichten, als die Beteiligung der Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte erst die Möglichkeit gibt, die relativ geringe Bedeutung dieser Rechte wurde jedoch nachgewiesen.

Die Qualität der Organstellung der HV wird am ehesten durch § 119 Abs. II, der den § 103 Abs. II AktG 1937 wörtlich übernimmt, verdeutlicht. In dieser Vorschrift ist nicht nur, wie als Arbeits-Hypothese aufgestellt wurde, eine äussere Zuständigkeitsabgrenzung zu sehen. In ihm wird vielmehr die Konsequenz aus §§ 76, 77 gezogen, wonach der Vorstand zur Geschäftsführung nach innen und aussen allein zuständig ist ³⁴³⁾. § 76 stimmt inhaltlich mit § 70 Abs. I AktG 1937 überein, mit Ausnahme der die Gefolgschaft und das öffentliche Wohl betreffenden Passus. Eine Änderung der Rechtslage ist hierdurch nicht eingetreten ³⁴⁴⁾, so dass die nach 1945 aufgekommenen Zweifel an der Fortgeltung dieser Regelung wegen einer zu weitgehenden Betonung des Führerprinzips als ausgeräumt angesehen werden können ³⁴⁵⁾. Nichtsdestoweniger konnte dieser sog. "Gemeinwohlklausel" ³⁴⁶⁾ richtiger Ansicht nach keine materiell-rechtliche Bedeutung beigemessen werden, da ein Verstoß gegen sie ohne rechtliche Sanktion blieb ³⁴⁷⁾.

Im Schrifttum wird die vollkommene Weisungsfreiheit des Vorstandes von der HV allgemein anerkannt ³⁴⁸⁾.

³⁴³⁾ Vgl. von Falkenhausen S. 17

³⁴⁴⁾ Vgl. RegE Kropff, 97

³⁴⁵⁾ § 70 AktG 1937 wurde teilweise als gegen Nr. 1 Art. III Kontrollratsgesetz verstossend empfunden. So U.v. Gierke in ZHR 11, 49 schwankend Hueck in "Gedanken zur Reform" S. 17; vgl. auch Wilhelm in "Die A.G." 1965, 153; ebenso Jagenburg in "Die A.G." 1965, 159

³⁴⁶⁾ Westermann in Festschrift S. 252

³⁴⁷⁾ Westermann aaO S. 260 ff

³⁴⁸⁾ Vgl. Schlegelberger-Quassowski, § 70, Anm. 2 § 95 Anm. 4 und 31; Godin-Wilhelm § 76 Anm. 1, Rasch S. 95

Dem steht nicht entgegen, dass sich der Vorstand dieser Weisungsfreiheit gem. § 119 Abs. II begeben kann, wenn er eine Geschäftsführungsmassnahme der HV zur Beschlussfassung unterbreitet. Von dieser Möglichkeit wird er vornehmlich bei "gefährlichen Geschäften" Gebrauch machen. Hierunter sind solche zu verstehen, die aufgrund des in ihnen enthaltenen Risikos den Vorstand bei Misslingen einer Haftung gem. § 93 Abs. II aussetzen würden. Ist ein solcher Beschluss herbeigeführt, so ist der Vorstand in den oben dargelegten Grenzen ³⁴⁹⁾ gem. § 93 Abs. IV S. 1 entlastet.

Es kann nicht übersehen werden, dass diese weitgehende Selbständigkeit des Vorstandes für die Gesellschaft gewisse Gefahren heraufbeschwören kann. So schreibt David Hanseemann ³⁵⁰⁾, die Hauptgefahr drohe der A.G. durch eigensüchtige Verwaltungen. Wer in eigenen geschäftlichen Dingen unglücklich sei, dem werde die gute und sichere Stelle in der A.G. leicht zum Hauptzweck und er werde darauf versuchen, sich lange die Herrschaft der A.G. zu erhalten. Wenn man von der zeitbedingten misstrauischen Einstellung gegenüber dem Vorstand, die ihren Grund darin hatte, dass Verfügungsbefugnis und Kapitalrisiko auseinanderfallen, absieht, so bleibt das unübersehbare Spannungsverhältnis zwischen Aktionär und Risikoträger auf der einen Seite und Vorstand als verfassungsberechtigtem Geschäftsleiter bestehen.

Zu dieser Polarität hatte das Gesetz Stellung zu beziehen, was mit der Neufassung des Aktienrechts im Jahre 1937 in der Weise erfolgte, dass die Stellung des Vorstands entscheidend verstärkt wurde.

³⁴⁹⁾ Vgl. S. 126 f

³⁵⁰⁾ S. 112 ff

Die Stellung der HV als einem obersten Organ war nur solange zu rechtfertigen, als die Interessen aller Aktionäre als homogen angesehen werden konnte ³⁵¹⁾. Daran konnte in dem Moment nicht mehr festgehalten werden, als die Mehrheitsbeteiligung als ein Mittel zur Unterdrückung der Minderheiten ausgenutzt wurde ³⁵²⁾. Dies umsomehr, als die Rechtsprechung sich grundsätzlich zum Prinzip der reinen Mehrheitsherrschaft ³⁵³⁾ bekannte und erst in einem sehr späten Stadium offensichtliche Misstände mit dem Instrument des Verbots der Sittenwidrigkeit zu bekämpfen suchte ³⁵⁴⁾. Die Zugehörigkeit eines Mehrheitsaktionärs zur HV schliesst diese Interessengleichheit zwar nicht a priori aus, jedoch können z.B. in der Frage der Ausschüttungspolitik zwischen Gross- und Kleinaktionär höchst unterschiedliche Vorstellungen bestehen.

Wiethölter ³⁵⁵⁾ ist demgegenüber der Auffassung, durch das AktG 1937 habe sich bezüglich der Stellung der GV (HV) keine wesentliche Änderung ergeben. Er bezieht sich dabei auf eine von ihm gefertigte Gegenüberstellung ³⁵⁶⁾ der Einzelkompetenzen der GV gegenüber denen der HV und kommt zu dem (unangreifbaren) Schluss, dass sich keine bedeutenderen Machtverschiebungen zu Ungunsten der HV ergeben haben.

351) Vgl. Mestmäcker S. 81

352) Vgl. Filbinger S. 26

353) Vgl. zur Entwicklung der Mehrheitsherrschaft als Gegensatz zum sogenannten Einstimmigkeitsprinzip Bärmann S. 35 f

354) Vgl. zur Entwicklung in der Respr: RG 68, 245; RG 119, 248 ff; 107, 67 ff; RG JW 1925, 614; RG JW 1926, 813; RG 112, 98; 113, 196

355) S. 93

356) S. 89

Bei dieser Betrachtungsweise wird jedoch die Einführung der §§ 101 Abs. II, 70 ins AktG übersehen, die mit aller Deutlichkeit eine Weisungszuständigkeit der HV in Fragen der Geschäftsführung ausschliessen bzw. die eigenverantwortliche Stellung des Vorstandes als Geschäftsführungsorgan hervorheben. Vgl. Westermann ³⁵⁷⁾, der überzeugend ausführt: "Mit der ausdrücklichen Betonung der eigenen Verantwortung ordnet § 70 entsprechend der Entscheidungsfreiheit als Voraussetzung der Verantwortung die Selbständigkeit der Vorstandsstellung verbindlich an. Die Korrelation von Freiheit und Verantwortung wirkt sich so auch gesetzestermnologisch aus". Dass der HV nicht mehr der Charakter eines obersten Organs zugesprochen werden kann, gesteht auch Wiethölter ³⁵⁸⁾, wenn auch mit einer abweichenden Begründung, zu.

bb Die treuhänderische
Stellung des
Vorstandes

In Würdigung der Tatsache, dass das Aktienrecht des HGB nicht zur Abweisung direkter Einflussnahmen auf die Geschäftsführung ausreichte und dass insbesondere schädliche Interventionen der GV nicht abgewehrt werden konnten ³⁵⁹⁾, schuf der Gesetzgeber 1937 in § 70 Abs. I die starke Stellung des Vorstandes und legte ihn darauf fest, zum Wohl des Betriebes - weisungsfrei von der HV - seines Amtes zu walten. Dieser Regelung lag die Erkenntnis zugrunde, dass es nur eine solche Regelung ermöglichte, weitestgehende Gewähr dafür zu bieten, dass die Gesellschaft den Interessen aller Aktionäre entsprechend geführt wurde. Der Gesetzgeber entschied sich also für eine Stärkung der Verwaltung und erlegte ihr besondere Pflichten unter Androhung von Sanktionen auf (§§ 84, 294 AktG 1937).

357) Festschrift S. 255

358) S. 93

359) Vgl. Fussn. 331

Von diesem Zeitpunkt ab kommt dem Vorstand
- legt man im Hinblick auf die gesetzgeberischen
Entscheidungen Grundsätze der Wertungsjurispru-
denz an - eine treuhänderische Funktion zu ³⁶⁰⁾.
Auch Wiethölter ³⁶¹⁾ misst der Unternehmensfüh-
rung, zu der er aber auch den AR zählt ³⁶²⁾,
treuhänderische Funktionen zu, tut dies aber nur
für den Fall der Publikumsgesellschaft und lehnt
es für die "majorisierte A.G." ab. Andererseits
spricht aber auch er von einem "institutionellen
Eigenwert" der Unternehmensführung.

Bei der Prüfung der Frage, welche Belange der
Vorstand treuhänderisch zu wahren hat, treten
Schwierigkeiten auf, weil - wie dargelegt ³⁶³⁾ -
gegenüber § 70 AktG 1937 in § 76 eine genaue Um-
schreibung der Art und Weise, wie der Vorstand
die ihm anvertraute Gesellschaft zu leiten hat,
fehlt. Es ist jedoch festzuhalten, dass eine Ände-
rung der Rechtslage durch diese Weglassung schon
deshalb nicht eingetreten ist, weil es sich von
selbst versteht, dass der Vorstand bei seiner Ar-
beit die Belange der Aktionäre und der Arbeit-
nehmer zu berücksichtigen hat ³⁶⁴⁾. Dass er sich
an Interessen des Allgemeinwohls zu orientieren
hat, ergibt sich aus § 396 ³⁶⁵⁾ ³⁶⁶⁾.

³⁶⁰⁾ Vgl. auch Mestmäcker S. 214; Schlegelberger-
Quassowski § 84 Anm. 6; Baumbach-Hueck § 70
Anm. 3 A; § 95 Anm. 1 B; Friedländer S. 138

³⁶¹⁾ "Publizitätsgespräche" S. 39

³⁶²⁾ S. 34

³⁶³⁾ Vgl. S. 128

³⁶⁴⁾ Vgl. RegE Kropff S. 97; vgl. S. 128 u. Fussn.
324; von Falkenhausen S. 68

³⁶⁵⁾ Strittig ist dabei, ob der hier angesprochene
Treuhandgedanke in vollem Umfang auch auf die
Belange von Arbeitnehmern und Verbrauchern
auszudehnen ist (so Geiler Einl. 2, 3)

³⁶⁶⁾ Man wird das unter Berücksichtigung der Fas-
sung von § 70 Abs. I AktG 1937, dem mit Hin-
blick auf den RegE die Bedeutung einer Inter-
pretation des § 76 Abs. I beigemessen werden
muss, zu bejahen haben (Kropff S. 97)

Der erwähnten Machterweiterung des Vorstandes durch § 70 AktG 1937 entspricht die in § 93, 1 AktG 1965 beibehaltene Haftungsverschärfung des § 84 Abs. I S. 1 AktG 1937: Während gem. § 241 HGB der Vorstand nur den Sorgfaltsmasstab eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden hatte, also die Sorgfalt desjenigen, der ein eigenes Geschäft betreibt, verlangen §§ 84 Abs. I S. 1 AktG 1937 bzw. § 93 Abs. I S. 1 die Sorgfalt eines gewissenhaften und ordentlichen Geschäftsleiters.

Einem Geschäftsleiter gehört aber nicht notwendigerweise der verwaltete Betrieb. Hiermit ist in den aktienrechtlichen Haftungsmaßstab der Gedanke aufgenommen worden, dass es sich um die treuhänderische Verwaltung fremden Vermögens handelt ³⁶⁷⁾. Diese strengere Haftung ist geschaffen, um in erster Linie den Vorstand bei seiner Amtsführung auf seine Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Aktionäre hinzuweisen. Die Haftung lässt sich in ihrem Umfang kaum noch verschärfen ³⁶⁸⁾. Sie ist das Korrelat der weitgehenden Machtbefugnisse des Vorstandes ³⁶⁹⁾.

Mestmäcker ³⁷⁰⁾ ist demgegenüber der Ansicht, diese scharfe Haftung diene dem Gläubigerschutz. Er beruft sich dabei auf eine RG-Entscheidung zu § 34 GenG ³⁷¹⁾, den er für "übereinstimmend" erklärt. Dabei wird übersehen, dass die Stellung des Vorstandes einer eG vollkommen anders als die eines A.G.-Vorstandes ist: Bei der eG ist der Vorstand

³⁶⁷⁾ Vgl. Schlegelberger-Quassowski, § 84 Anm. 1; Geßler in JW 1937, 501; Baumbach-Hueck, § 84 Anm. 2; Lehmann S. 238; aA wohl Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 4; Schilling, § 84 Anm. 9

³⁶⁸⁾ Vgl. Geßler in BB 1961 S. 1135 und Großfeld, S. 217

³⁶⁹⁾ Vgl. Westermann, S. 32 f

³⁷⁰⁾ S. 211

³⁷¹⁾ RG 46, 60

weisungsabhängig³⁷²⁾ und deshalb bedürfen die Genossen nicht eines so weitgehenden Schutzes. Die Berufung auf § 34 Abs. I GenG geht also insoweit fehl.

Für das geltende Recht ist also festzustellen, dass dem Vorstand eine Treuhandfunktion zukommt und dass er hinsichtlich der verschiedenen Interessen der Aktionäre eine Art Moderator darstellt. Es sind sogar Bestrebungen erkennbar, welche die Stellung des " guten Management " nach aussen hin noch mehr verabsolutieren wollen, indem sie die Rechenschafts- und Offenlegungspflichten der Verwaltung als nicht um der Anteilseigner willen, sondern um ihrer selbst willen aufgestellt angesehen wissen wollen³⁷³⁾. Hier soll dieser Ansicht insoweit gefolgt werden, als in dem dargelegten Sinn der Vorstand nicht ausschliesslich zur Wahrung der Belange der Aktionäre gehalten ist.

Wäre es dem Gesetzgeber nur um die Interessen der Aktionäre zu tun gewesen, so hätte er das Weisungsrecht der GV (HV) beibehalten können. Der schrankenlosen Ausnutzung von Mehrheiten hätte mit dem Einmann - Eine Stimme-Prinzip begegnet werden können, was als echte aktienrechtliche Demokratie verstanden werden kann (vgl. Anm. 333). Ein Weisungsrecht einer nach diesem Modus abstimgenden HV gegenüber der Verwaltung wäre ungefährlich, aber im Hinblick auf die grossen Publikumsgesellschaften unpraktikabel gewesen.

372) Vgl. Reinhardt in "Bl. f. Gen. Wesen" 1957, 36; Westermann in "Die Rechtsnatur der Warenrückvergütung" S. 18; aA Paulick S.220

373) Vgl. Wiethölter in "Publizitätsgespräche" S. 45/46

cc Ausnahmsweise
Durchbrechung
der Alleinge-
schäftsfüh-
rung d. Vor-
standes

Einem Bedürfnis folgend und damit die Praxis nachvollziehend soll das Mehrheitsrecht dort den uneingeschränkten Vorzug genießen, wo die Mehrheit so stark wird, dass sie einem wirtschaftlichen Alleinbesitz gleichkommt. Gedacht ist hier an die durch die HV zu beschliessende Eingliederung (§§ 319, 320). Dieser HV-Beschluss stellt wegen der Notwendigkeit, dass das eingliedernde Unternehmen gleichzeitig eine A.G. oder KGaA sein muss, stets eine unter dem Gebot der §§ 76, 93 stehende Vorstandsentscheidung dar, wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass dieses Gebot nur gegenüber der eingliedernden Gesellschaft beachtet werden muss. Auf die Frage, ob §§ 319, 320 mit Rücksicht auf die Minderheitsaktionäre Enteignungscharakter haben ³⁷⁴⁾, soll im Rahmen dieser Abhandlung nicht eingegangen werden.

Verfolgt man die Stellung des Vorstandes einer A.G. vom ADHGB zum AktG 1965, so kann man sagen, dass der Vorstand vom weisungsgebundenen Prokuristen der allmächtigen GV zum der HV nur noch verantwortlichen unternehmerischen Prinzipal geworden ist, wie es auch sachlichen Notwendigkeiten einer gesunden Betriebsführung entspricht ³⁷⁵⁾.

Wenn Steinnitzer ³⁷⁶⁾ schreibt, die HV règne - mais ne gouverne pas -, so ist dem voll zuzustimmen, wenn man unter den Begriff " régner " die Kompetenzen eines konstitutionellen Monarchen versteht. Es trifft also heute nicht mehr zu, die HV als oberstes Organ anzusprechen ³⁷⁷⁾.

³⁷⁴⁾ Vgl. von Falkenhausen S. 103 ff

³⁷⁵⁾ Vgl. Mestmäcker S. 81

³⁷⁶⁾

³⁷⁷⁾ Geßler ist beizupflichten, wenn er in "Die A.G." 1965, 345, dies für eine "Utopie" erklärt

Zusammenfassung Es kann gesagt werden, dass die im Gesetz geregelten mitgliedschaftlichen Rechte lediglich an vereinzelter Stellen und nur in abgeschwächter Form Einflussnahmen auf die Geschäftsführung zulassen.

Eine Sonderstellung nimmt die Zuständigkeit der HV zum Ausspruch von Misstrauensvoten ein. Die Möglichkeit der Drohung mit dem Vertrauensentzug kann als Machtmittel des Gross- oder Mehrheitsaktionärs zur Beeinflussung der Verwaltung gewertet werden. Er ist - streng rechtlich genommen - jedoch mit Rücksicht auf die geschilderten einschränkenden Voraussetzungen für seine Tauglichkeit in seiner Bedeutung nicht überzubewerten.

Inwieweit in der zwingenden Vorschrift des § 84 Abs. 1 S. 1, demzufolge eine Bestellung zum Vorstand höchstens auf die Dauer von 5 Jahren möglich ist, ein Mittel zur Einflussnahme gesehen werden kann, wird bei den Ausführungen über die Stellung des Vorstandes gegenüber dem AR zu untersuchen sein.

Hervorzuheben sind ferner: Das Recht zur Verteilung des Bilanzgewinns, das aber nur eine für die Geschäftsführung günstige Verteilungspolitik ermöglicht, das ausnahmsweise bestehende Recht zur Feststellung des Jahresabschlusses, die Zuständigkeit für Satzungsänderungen und schliesslich das Zustimmungsbedürfnis zu Unternehmensverträgen - gegebenenfalls auf beiden Seiten der Vertragspartner. In diese Kategorie fällt auch als echtes Herrschaftsrecht der HV die Zuständigkeit zur Beschlussfassung über die Eingliederung, sofern die entsprechenden Mehrheitserfordernisse gegeben sind.

Die Kompetenzen der HV in Fragen der Geschäftsführung sind gesetzlich also nur für Ausnahmefälle fixiert. Selbst bei so weitgehenden Geschäftsführungsmassnahmen wie den Abschlüssen von Unternehmensverträgen steht ihr kein Initiativrecht zu.

Die tatsächliche Einflussmöglichkeit über das Misstrauensvotum wird - das sei ergänzend angefügt - auch durch das Depotstimmrecht eingeschränkt; denn wegen fehlender direkter Eigeninteressen wird eine Bank in aller Regel in ihren Abstimmungsvorschlägen nicht zum Vertrauensentzug raten, wenn der Vorstand seine Geschäfte ordnungsgemäss geführt hat. Insofern kann Mestmäcker ³⁷⁸⁾ darin zugestimmt werden, dass das Depotstimmrecht eine der wesentlichsten Komponenten der Machtstellung des Vorstandes ist ³⁷⁹⁾.

5 Die Stellung
d. Vorstandes
gegenüber dem
AR

Für die Untersuchung der Frage, wie sich die Stellung des Vorstandes darstellt, wenn sich die Aktien zum grössten Teil oder sämtlich in einer Hand befinden, ist es sinnvoll, das Verhältnis des Vorstandes zum AR zu klären; denn der Mehrheitsaktionär hat die Möglichkeit, sich selbst in den AR zu wählen oder Vertreter seines Vertrauens in dieses Organ zu entsenden. Dies gilt umso mehr, als gem. § 103 Abs. I der Grossaktionär den AR jederzeit nach seinem Belieben, ohne an wichtige Gründe gebunden zu sein, abberufen kann ³⁸⁰⁾.

a Das Recht zur
Bestellung
des Vorstandes

Die wichtigste Befugnis des AR liegt in seinem Recht zur Bestellung des Vorstandes gemäss § 84

³⁷⁸⁾ S. 92

³⁷⁹⁾ Vgl. auch Lenel, § 385, der zu Recht darauf hinweist, dass die Banken mit Rücksicht auf ihre Geschäftsbeziehungen bei der Ausübung des Depotstimmrechts in aller Regel bestrebt sein werden, ein "verwaltungsfreundliches Verhalten" an den Tag zu legen

³⁸⁰⁾ Vgl. S. 120 ff

Abs. I Satz 1. Die Bestellung kann auf die Dauer von höchstens fünf Jahren erfolgen.

Bei diesem Bestellungsakt, wie auch bei allen übrigen Entscheidungen, ist der AR gehalten, die Sorgfalt eines ordnungsgemässen Geschäftsleiters walten zu lassen (§§ 116, 93). Im übrigen ist er von allen Weisungen, insbesondere von solchen der HV, freigestellt ³⁸¹⁾. Würdinger geht sogar so weit zu behaupten, der AR bedürfe nicht des Vertrauens der HV. Er begründet diese Ansicht mit dem Hinweis auf den Grossaktionär, der die Möglichkeit habe, sich selbst zu wählen und der sich sicher nicht des Vertrauens der HV erfreuen würde.

Würdingers Argumentation kann nicht gefolgt werden; denn wenn sich der Grossaktionär mit seinen eigenen Stimmen im Amt hält, geniesst er das Vertrauen der eben zum grössten Teil von ihm gebildeten HV. Jede andere Ansicht käme zu dem Ergebnis, dass entweder der sich im AR befindliche Alleinaktionär niemandes Vertrauen geniesst - oder aber, dass im Fall der Einmann-Gesellschaft überhaupt die Funktion des AR fortfällt, was gegen den Wortlaut des Gesetzes verstossen würde. Würdingers Meinung geht von der unrichtigen Voraussetzung aus, dass die HV eine Summe von Köpfen und nicht eine Summe von Kapitalanteilen ist.

Aus der Ungebundenheit des AR bei seiner Entscheidung über die Berufung der Vorstandsmitglieder kann auf eine erhebliche Machtkonzentration in seiner Hand geschlossen werden. Man könnte insbesondere folgern, hierin wäre eine indirekte Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsführung zu sehen ³⁸²⁾.

381) Vgl. Würdinger S. 129

382) So wohl Würdinger S. 128; Ballerstedt in " Aktienrechtsreform " S. 45

Das wäre insbesondere dann der Fall, wenn der AR bei der Bestellung des Vorstandes bestimmte Verhaltensmassregeln, Bedingungen oder Auflagen aufstellen könnte, welche die Art der Amtsführung durch den Vorstand betreffen. Jedoch wäre eine solche " Bedingung " ³⁸³⁾ wegen Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) nichtig. Dies würde aus § 111 Abs. IV S. 1 folgen, wonach dem AR keine Geschäftsführungsbefugnisse zustehen. Auch eine satzungsmässige Bestimmung, der zufolge der AR nur Vorstandsmitglieder berufen dürfte, die sich Weisungen des AR vertraglich unterordnen, würde gegen § 111 Abs. IV S. 1, 23 Abs. IV S. 1, verstossen und nichtig sein.

Unmittelbar rechtlich gesehen kann das ausschliesslich dem AR zustehende Recht zur Bestellung des Vorstandes demnach nicht als Instrument der Einflussnahme auf die Geschäftsführung qualifiziert werden.

Nicht ausser Acht gelassen werden kann der Umstand, dass der Vorstand mit Rücksicht auf seine mögliche Wiederbestellung sich gegenüber " Anregungen " des AR gefügig erweist ³⁸⁴⁾. Sicherlich kann demgegenüber argumentiert werden, dass ein in diesem Sinne " folgsamer " Vorstand bei Vermeidung der Haftung aus § 93 Abs. II nur solchen Anregungen folgen darf, die dem Wohl der Gesellschaft entsprechen. Bei der Durchführung anderweitiger Wünsche des AR kann - so würde man weiter ins Feld führen können - auch ein Beschluss der HV den Vorstand nicht von seiner Haftung freistellen und die Vornahme einer für die Gesellschaft schädlichen Entscheidung rechtmässig machen; denn ent-

383) Rechtlich würde es sich wohl um eine Auflage handeln

384) Ballerstedt aaO

entlastend kann nur ein gesetzmässiger Beschluss der HV sein ³⁸⁵⁾. Überhaupt keine Entlastung würde der Vorstand, so müsste folgerichtig weiter argumentiert werden, kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung durch die Billigung des AR erfahren (vgl. § 93 Abs. IV Satz 2).

Dieser anscheinend klaren gesetzlichen Regelung, die scheinbar zwangsläufig zu dem Schluss führt, dass das Recht zur Vorstandsbestellung zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung untauglich ist, steht jedoch die Tatsache entgegen, dass gem. § 84 Abs. I Satz 1 die Bestellung des Vorstandes höchstens auf die Zeit von 5 Jahren erfolgen kann. Die Regelung ist absolut zwingend und erstreckt sich nach ganz h.M. auch auf die Dauer des der Bestellung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses ³⁸⁶⁾.

Entscheidende Verschärfung erfährt die Vorschrift des § 84 Abs. I Satz 1 durch die Tatsache, dass der von der HV-Mehrheit vollkommen abhängige AR ³⁸⁷⁾ nach abgelaufener Amtszeit des Vorstandes bei der Frage der Wiederbestellung frei ist. Der AR soll nach der max. zulässigen Amtszeit ohne Rücksicht auf die Person des oder der betreffenden Vorstandsmitglieder darüber befinden können, ob er die Leitung der Gesellschaft wieder der alten Geschäftsführung anvertraut oder nicht ³⁸⁸⁾. §§ 116, 94 könnten zu dem Schluss verleiten, dass sich der AR bei der Entscheidung der Frage der Neubestellung allein vom Gesichtspunkt der Sachlichkeit leiten zu lassen habe. Hierfür spricht auch die Begründung des RegE ³⁸⁹⁾.

³⁸⁵⁾ Vgl. S. 124 ff

³⁸⁶⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi, § 84 Anm. 2

³⁸⁷⁾ Vgl. S. 88 und 120 ff

³⁸⁸⁾ Vgl. RegEBegr. bei Kropff S. 106

³⁸⁹⁾ Kropff aaO

Demgegenüber ist festzustellen, dass sich aus Sorgfaltspflicht des AR weder mittelbar noch unmittelbar ein Recht des Vorstandes, der die Geschicke der A.G. ordnungsgemäss geführt hat, dem sogar Entlastung erteilt worden ist, auf Wiederbestellung nicht herleiten lässt. Kommt der AR - sei es unter Einfluss der HV, sei es aus eigener Erkenntnis zu dem Schluss, dass ein anderer Vorstand in gleicher Weise zum Nutzen der Gesellschaft tätig werden wird, so ist er durch nichts gehindert, eine " Wachablösung " stattfinden zu lassen.

Die - wie dargelegt - weitgehend unabhängige Stellung des Vorstandes von den Anteilseignern, welche nur unter den einschränkenden Voraussetzungen eines rechtmässigen Misstrauensvotums wesentlich beeinträchtigt werden kann ³⁹⁰⁾, gewährt ihm das Gesetz eben nur auf die verhältnismässig kurze Dauer von fünf Jahren.

In der Rechtsprechung wird sogar ausdrücklich anerkannt, dass der Mehrheitsaktionär den AR ausschliesslich mit Personen seiner Wahl mit dem Ziel besetzen kann, eine ihm genehme Zusammenstellung des Vorstandes zu erreichen ³⁹¹⁾.

Für das weitere berufliche Schicksal eines Vorstandsmitglieds ist die Verweigerung der Wiederbestellung jedoch - wie der BGH aaO zutreffend ausführt - ausserordentlich abträglich. Er gerät leicht in den Verdacht der Unfähigkeit, Ungeeignetheit oder Unverträglichkeit. Somit wird der Vorstand immer bestrebt sein, mit seinem AR und damit mit der HV-Mehrheit ein gutes Einvernehmen herzustellen und zu wahren.

³⁹⁰⁾ Vgl. S. 104 ff

³⁹¹⁾ Vgl. BGH, Urteil v. 7.6.1962 = BB 1962 S.816

Von Falkenhausen ³⁹²⁾ ist demgemäss beizupflichten, wenn er ausführt, " ... die rechtliche Unfähigkeit der Aktionäre, dem Vorstand der Gesellschaft gegenüber Arbeitgeberfunktionen mit entsprechenden Weisungsrechten auszuüben, wird also durch die rechtliche Abhängigkeit des Vorstandes von den Aktionären als Wählern wieder ausgeglichen ".

Diese Abhängigkeit hat jedoch ihre Grenzen: Der Vorstand darf Anregungen der genannten Art nur im Rahmen des rechtlich und wirtschaftlich Vertretbaren willfahren ³⁹³⁾.

Mit Rücksicht auf die fließenden Grenzen, zwischen dem, was vertretbar und nicht mehr vertretbar ist, wird man der Einflussnahme über die Wiederbestellung entscheidende Bedeutung beizumessen haben ³⁹⁴⁾, wenn auch die Folgerung nicht fern liegt, dass sich eine Mehrzahl von Vorstandsmitgliedern nicht der eigenverantwortlichen Treuhandfunktion bewusst ist, die ihnen das Gesetz mit der Einräumung der sehr weitgehenden Leitungsmacht gewährt. So ist es ihm insbesondere versagt, bei seiner Bestellung irgendwelche " Wahlkapitulationen " abzugeben. Dennoch wird sich ein Vorstand häufig so verhalten, als habe er sich bei seiner Amtsführung an gewisse " Unterwerfungsklauseln " zu halten.

Die sich in der gesetzlich beschränkten Amtsdauer des Vorstandes ausdrückende Macht des AR und damit der HV-Mehrheit hat also ihre letzten Ursachen im menschlichen - mithin tatsächlichen -

³⁹²⁾ S. 17

³⁹³⁾ Falkenhausen aaO

³⁹⁴⁾ Vgl. Werth S. 39; C.E. Fischer in ACP 154, 115 ff., 239 ff., Schmidt-Meyer-Landrut, § 15 Anm. 7a, Vorbem. vor § 70, § 95 Anm. 18

Bereich der einzelnen Vorstandspersönlichkeiten. Dabei wird nicht übersehen, dass es eine gesetzliche Regelung ist, nämlich die des § 84 Abs. I Satz 1, die den Hebel zu dieser Machtausübung liefert.

In der dargelegten Machtposition des AR und damit der HV-Mehrheit ist auch der Grund für ein im Wirtschaftsleben oft anzutreffendes Zusammenspiel von Grossaktionär und Vorstand zu sehen³⁹⁵⁾. Ebenso kann dieses Mittel der Einflussnahme dazu führen, dass in Gesellschaften mit wenigen Aktionären der AR zum die Geschäftsführung bestimmenden Verwaltungsrat avanciert³⁹⁶⁾.

Diese zur Einflussnahme geeignete Position wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass es dem AR nicht zukommt, den Vorstand nach seinem Belieben aus dem Amt zu entfernen, wie bereits dargelegt. Ebenso ist nachgewiesen worden, dass der AR eine Entlassung nicht aufgrund eines willkürlich ergangenen entsprechenden HV-Beschlusses, den er gem. § 111 Abs. 3 herbeiführen könnte, vornehmen kann³⁹⁷⁾.

Die wenigen Geschäftsführungsbefugnisse, die dem AR insbesondere im Verkehr mit dem Vorstand zukommen (§§ 112, 172, 173), verdienen insbesondere, da sie die Führung der laufenden Geschäfte nicht betreffen, keiner besonderen Erwähnung. Die in diesem Zusammenhang hervorzuhebende Bedeutung der Mitwirkung des AR bei der Feststellung des Jahresabschlusses stellt eine gewisse Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsführung dar³⁹⁸⁾.

395) Vgl. Großfeld S. 28 ff

396) Würdinger S. 141

397) Vgl. S. 107 ff

398) Vgl. S. 85 ff

Die Überwachung
des Vorstandes
durch den AR

Die Überwachungspflicht des AR ergibt sich aus § 111 Abs. I und II. In derselben Vorschrift (Abs. III S. 1) ist gleichzeitig die Grenze dieser Überwachungspflicht gezogen, nämlich derart, dass sie nicht in Geschäftsführung " ausarten " darf.

Gem. § 111 Abs. IV S. 2 kann der AR jedoch einen Beschluss fassen, demzufolge bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Nach derselben Vorschrift ist die Zustimmung dann erforderlich, wenn eine entsprechende Bestimmung in der Satzung vorgesehen ist.

Ähnlich den untersuchten Zustimmungserfordernissen der HV handelt es sich auch hier nicht um ein Initiativrecht; dieses verbleibt im vollen Umfang beim Vorstand. Der AR ist also nicht in der Lage, den Abschluss eines zustimmungsbedürftigen Geschäfts zu befehlen. Zum anderen bindet das Zustimmungserfordernis den Vorstand nur intern, setzt er sich darüber hinweg, so macht er sich seiner Gesellschaft gegenüber möglicherweise wegen Verletzung seiner Pflichten aus § 93 Abs. I oder aus seinem Dienstvertrag ersatzpflichtig, die Wirksamkeit der Massnahme nach aussen hin wird jedoch nicht berührt.

§ 111 Abs. IV schafft also seinem Inhalt nach für den AR eine Einflussmöglichkeit. Diese ist auch als sehr weitgehend anzusehen, da praktisch der Vorstand gezwungen werden kann, sich vor Vornahme der unter § 111 Abs. IV fallenden Geschäfte jeweils des Plazets des AR zu versichern. Ist ein Grossaktionär vorhanden, so wird darüber hinaus die Möglichkeit des Vorstandes, gem. § 111

Abs. IV S. 3 zu verfahren und der HV die letzte Entscheidung zu übertragen, inhaltslos sein. Wichtig ist jedoch, dass der AR den Vorstand nicht zu einer positiven Massnahme zwingen kann.

Die Verweigerung einer Zustimmung gem. § 111 Abs. IV kann sich darüber hinaus unter Umständen als schädliche Einflussnahme darstellen. Wenn der AR von einem Mehrheitsaktionär entsandt worden ist, der Unternehmensqualität hat, so wird dann § 311 eingreifen, der die Zustimmung verweigernde AR selbst wird gem. §§ 116, 93 Abs. II haftbar.

Es bietet sich an, eine letzte Grenze für die übermässige Anwendung des § 111 Abs. IV in § 76 Abs. I zu sehen; denn man wird den Standpunkt einnehmen können, ein Zustimmungsbedürfnis des AR habe dort seine Grenzen, wo die eigenverantwortliche Prüfungspflicht und -befugnis des Vorstandes berührt wird.

Das sich aus der Überwachungspflicht ergebende Korrelat stellt das Recht zur Beanstandung dar.

c Das Beanstandungsrecht des AR

Dieses ist im Gesetz nicht geregelt, sein Fehlen würde aber jegliche Art einer wirksamen Überwachung unmöglich machen.

Es fragt sich, ob solche Beanstandungen vom Vorstand zu beachten sind: die Nichtbeachtung einer rechtmässig erteilten Beanstandung wird in aller Regel einen wichtigen Grund zur Abberufung nach § 84 abgeben; jede andere Ansicht würde aus der Überwachungspflicht des AR einen inhaltlosen Auftrag machen.

Eine Beanstandung ist sicher stets dann rechtmässig, wenn der Vorstand Massnahmen trifft, mit denen er sich selbst in Widerspruch zu seinen gesetzlichen und satzungsmässigen Verpflichtungen setzt, wenn er also rechtswidrig verfährt.

Ist aber auch eine Beanstandung rechtmässig, welche die Zweckmässigkeit einer vom Vorstand vorgenommenen oder beabsichtigten Massnahme rügt ?

Mestmäcker ³⁹⁹⁾ scheint auf diesem Standpunkt zu stehen. Ebenso Godin-Wilhelmi ⁴⁰⁰⁾. Die Ansicht, der Vorstand könne die Beanstandungen unbeachtet lassen, liess sich gestützt auf die alte Rechtsordnung vertreten, die in §§81, 95 Abs. II AktG 1937 dem AR nicht so weitgehende Informationsrechte zugestand, wie dies gem. § 90 jetzt der Fall ist. Entscheidend ist hier § 90 Abs. IV, wonach der Vorstand unaufgefordert und rechtzeitig (§ 90 Abs. II S. 4) über Geschäfte berichten soll, die für die Liquidität und Rentabilität des Unternehmens von entscheidender Bedeutung sind.

Wenn aber dem AR solche Mitteilungen zu machen sind, so fallen die Gegenstände dieser Informationen auch in den Kreis der vom AR zu überwachenden Geschäfte. Dabei wird nicht übersehen, dass es nicht Pflicht des AR ist, seine gesamte Arbeitskraft in den Dienst der A.G. zu stellen; denn das Amt des AR ist seiner Konstruktion nach als Nebenamt gedacht ⁴⁰¹⁾. Im Rahmen dieser Einschränkung hat sich die Überwachungstätigkeit des AR aber

³⁹⁹⁾ S. 87/88

⁴⁰⁰⁾ Alte Aufl. § 95 Anm. 1, jetzt zweifelnd in § 111 Anm. 3 aa Schlegelberger-Quassowski § 95 Anm. 4, die einen Verstoß gegen die gesetzliche Zuständigkeitsordnung als gegeben sehen, wenn der Vorstand verpflichtet sein soll, entsprechend den Beanstandungen zu verfahren

⁴⁰¹⁾ Schlegelberger-Quassowski § 95 Anm. 6

auch auf Zweckmässigkeitsfragen zu erstrecken ⁴⁰²⁾.

Die Lösung des Problems kann dem Gesetz entnommen werden: gem. § 111 Abs. IV S. 2 hat der AR die Möglichkeit, trotz seiner generellen Unzuständigkeit in Fragen der Geschäftsführung bestimmte Geschäfte an das Erfordernis seiner Zustimmung zu binden. Hat nun der AR den Eindruck, ein bestimmtes Geschäft verstosse gegen die Grundsätze der Liquidität und Rentabilität, so kann er alle diesen Bereich betreffenden Geschäfte dem Erfordernis seines Plazets unterstellen. Dies wiederum heisst nicht, dass der Vorstand eine die Zweckmässigkeit eines Geschäfts betreffende Beanstandung zu befolgen hat, es bedeutet nur, dass der AR sich in der Angelegenheit ein Mitwirkungsrecht verschaffen kann und dass er seine Mitwirkung im Fall der von ihm festgestellten Unzweckmässigkeit versagen kann.

Für das Problem der Mehrheitsherrschaft ist dabei besonders zu beachten, dass eine aus unsächlichen Gründen verweigerte Zustimmung den AR gem. §§ 116, 93 Abs. II der Gesellschaft gegenüber ersatzpflichtig macht, da sie rechtswidrig wäre. Daraus folgt wiederum, dass der Vorstand diese rechtswidrig fehlende Zustimmung unbeachtet lassen kann, dass er also zu verfahren imstande ist, als gelte im speziellen Fall keine Zustimmungsbedürftigkeit gem. § 111 Abs. IV. Bei dieser Beurteilung trägt der Vorstand das volle Risiko, zu Recht abberufen zu werden; denn das Ausserachtlassen eines Zustimmungsbedürfnisses wird dann einen wichtigen Grund zur Abberufung liefern, wenn die Zustimmung zu Recht verweigert worden ist.

⁴⁰²⁾ Vgl. Mestmäcker S. 87/88; Schlegelberger-Quassowski § 95 Anm. 8, Baumbach-Hueck § 111 Anm. 5

Diese Auslegung berücksichtigt weitestgehend die Trennung der Funktionen von AR, Vorstand und HV. Danach ist der AR von der Geschäftsführung ferngehalten - seine Rechte gegenüber dem früheren Zustand sind jedoch insofern erweitert, als sein Kontrollrecht weiter konkretisiert worden ist ⁴⁰³⁾.

Hingegen sind Beanstandungen, welche die Rechtmässigkeit der Vorstandsmassnahme betreffen, von der Geschäftsführung stets zu beachten, wenn diese nicht Gefahr laufen will, dem AR einen ggf. vor Gericht bestandkräftigen Abberufungsgrund zu liefern.

Mithin hat der AR zwar Einfluss auf die Geschäftsführung, nicht aber einen solchen, den § 311 anspricht; denn das soeben behandelte Mitwirkungsrecht des AR kann gegenüber einem seine Rechtsposition ausschöpfenden Vorstand seiner Konstruktion nach nicht zum Schaden der Gesellschaft angewandt werden.

Bei der Beanstandung einer Geschäftsführungsmassnahme, welche die Zweckmässigkeit zum Gegenstand hat, kann der Vorstand gem. § 111 Abs. IV S. 3 die HV mit 3/4-Mehrheit letztinstanzlich entscheiden lassen. Es würde sich dann wieder um einen bindenden Entschluss der HV handeln.

Bei Rechtmässigkeitsbeanstandung wäre ein solcher Rekurs zwar theoretisch denkbar, jedoch praktisch ohne Bedeutung; denn in einem Rechtsstreit über die Rechtmässigkeit der Abberufung des Vorstandes würde, wie auch aus dem Rechtsgedanken des § 93 Abs. IV S. 1 zu entnehmen ist, die Zustimmung der entsprechenden HV-Mehrheit nicht die Konsequenz

403) Vgl. Godin-Wilhelmi § 111 Anm. 1

der Rechtmässigkeit des inkriminierten Aktes haben; denn auch wenn bei fehlender Zuständigkeit der HV ein Akt nicht rechtmässig sein kann⁴⁰⁴⁾, so bedeutet das nicht, dass jeder Beschluss, zu dessen Fassung die HV berufen ist, rechtmässig ist. Unabhängig davon ist die Frage zu beantworten, ob in einem solchen Fall die Befolgung des objektiv rechtswidrigen Beschlusses " vorwerfbar " - also verschuldet - ist. Im Verhältnis zu der Gesellschaft wäre das wohl zu verneinen. Gegenüber Gesellschaftsgläubigern bliebe aber die Haftung gem. § 93 Abs. V S. 3 im vollen Umfang bestehen.

Es kann also festgehalten werden, dass die Stellung des AR nach dem Gesetz zwar sehr stark ist und dass er sich weitgehende Mitwirkungsrechte bei der Geschäftsführung durch den Vorstand reservieren kann. Zu unmittelbaren, autonomen und initiativen Einflussnahmen auf die Geschäftsführung sind die die Rechtsverhältnisse des AR regelnden Bestimmungen des AktG nicht geeignet. Einer Abänderung dieses Zustands durch die Satzung steht § 23 Abs. IV entgegen.

Bestrebungen, es dem AR konzernabhängiger A.G.en im Wege einer Erweiterung des (damaligen) § 95 zu gestatten, dem Vorstand bindende Weisungen zu erteilen⁴⁰⁵⁾, sind erfolglos geblieben⁴⁰⁶⁾. In der Begründung und in den Ausschussberichten zu dem den § 95 ersetzenden § 111⁴⁰⁷⁾ ist auf diese Bestrebungen nicht einmal Bezug genommen worden⁴⁰⁸⁾.

⁴⁰⁴⁾ Vgl. S. 137 ff

⁴⁰⁵⁾ Das er nach h.M. nicht hat (vgl. Bärman S. 41)

⁴⁰⁶⁾ Vgl. Schmidt in NJW 1957, 1377

⁴⁰⁷⁾ Vgl. Kropff 155/156

⁴⁰⁸⁾ Dies wohl mit Rücksicht auf die eingehenden, den Konzernbelangen genüge leistenden Bestimmungen des 3. Buches

Der Mehrheits-
und Allein-
aktionär

Den einzigen gesetzlichen Hinweis auf die Einmann-A.G. finden wir in dem bereits erwähnten § 319. Die Rechtsprechung lässt jedoch trotz § 2, wonach zur Gründung einer A.G. mindestens fünf Personen erforderlich sind, die Vereinigung des gesamten Anteilsbesitzes in einer Hand von je her zu ⁴⁰⁹⁾.

Dies wird weitgehend damit begründet, dass bei der A.G. die Mitgliedschaft "versachlicht" sei ⁴¹⁰⁾, was soviel bedeutet, als dass die rechtliche Existenz des Mitgliedschaftsverhältnisses unabhängig davon ist, ob der Anteil jemandem gehört.

Somit wird auch folgerichtig zu fordern sein, dass auch eine Einmann-A.G. alle auch sonst im Aktienrecht notwendigen Organe haben muss ⁴¹¹⁾.

Zunächst ist festzustellen, dass der Allein- oder Mehrheitsaktionär alle Rechte, die der HV zustehen, auch in diesem von ihm allein oder zum Überwiegenden Teil gebildeten Gremium geltend machen kann. Dies gilt - wie § 319 beweist - auch dann, wenn bei einer bestimmten Massnahme Identität zwischen dem das Stimmrecht ausübenden Allein-Aktionär und dem integrierenden Unternehmen besteht. Ein allgemeines Stimmrechtsausübungsverbot bei Personengleichheit zwischen Abstimmendem und Interessiertem gibt es im herrschenden Recht nicht mehr ⁴¹²⁾.

Die Situation des Mehrheits- oder Alleinaktionärs bringt es aber nicht mit, dass mehr Rechte gel-

409) Vgl. RG in JW 1931, 39; BGH 21, 378

410) Vgl. Würdinger S. 7

411) In § 319 wird nicht der Alleinaktionär, sondern die faktisch mit ihm identische HV angesprochen

412) Früher: § 252 Abs. III S. 2 HGB

tend gemacht werden können, als dies die Gesamtheit der Aktionäre im " Normalfall " der A.G. tun könnte. So besteht auch insbesondere nicht die Möglichkeit, der Verwaltung Weisungen zu erteilen ⁴¹³⁾.

Es drängt sich die Frage auf, ob diese Regelung zumindest im Fall des Alleinaktionärs noch gerechtfertigt erscheint. Man könnte insbesondere der Meinung sein, die Treuhandfunktion des Vorstandes müsse in dem Moment entfallen, in dem es keine aussenstehenden Aktionäre in der A.G. mehr gebe, denen gegenüber der Vorstand treuhänderische Interessenwahrnehmung zu betreiben hätte.

Andererseits ist der Alleinaktionär jederzeit in der Lage, Anteile an Dritte zu veräußern, ohne dass die Geschäftsführung davon erfährt. Er kann also beliebige Minderheitsaktionäre " produzieren ", deren Rechte der Vorstand dann zu wahren hätte. Noch grössere Bedenken ergeben sich, wenn man die Treuhandstellung des Vorstandes auf die Belegschaftsinteressen und die Belange der Allgemeinheit ausdehnt ⁴¹⁴⁾. Diese Situation kann bei der GmbH, bei welcher das Mitgliedschaftsrecht nicht verbrieft ist und bei der Übertragung die gerichtliche oder materielle Beurkundung erforderlich ist, nicht auftreten.

In Anbetracht dieser Sachlage erscheint es durchaus gerechtfertigt, dem Vorstand auch gegenüber dem Alleinaktionär seine selbständige Stellung zu belassen.

Bezüglich der Stellung des Alleinaktionärs als HV kann rechtlich keine Änderung gegenüber der gros-

413) Vgl. Würdinger S. 313

414) Vgl. S. 144

sen Publikumsgesellschaft gesehen werden. Ausser Betracht bleiben können nur einige Formvorschriften, die dem Wesen der Einmann-Beteiligung nicht entsprechen, wie z.B. die Einberufung der HV gem. § 121 (vgl. § 241 Nr. 1) ⁴¹⁵⁾. Im übrigen hat der Alleinaktionär in ganz besonderer Weise die Interessen " seiner " A.G. im Auge zu behalten. § 117 mit Ausnahme von dessen Abs. VII Ziff. 1 gilt für ihn in besonderem Mass ⁴¹⁶⁾.

Ähnlich verhält es sich mit der AR-Stellung des Alleinaktionärs. Wie bereits festgestellt, kann er sich ohne Schwierigkeiten in den AR hineinwählen, jedoch wird er dann AR-Mitglied mit allen Rechten und Pflichten. Gehört er einmal dem AR an, so verbietet ihm § 105, sich auch zum Vorstand zu bestellen; denn diese Inkompatibilitätsbestimmung bleibt auch und erst recht im Falle der Einmann-A.G. wirksam.

Innerhalb dieser Grenzen kann er auch die Rechte ausüben, die er als typischer Einmann-Aktionär (bzw. Mehrheitsaktionär) hat, die also eine durch die Alleinbeteiligung bedingte quantitative Steigerung seiner Stellung als AR-Mitglied bedeuten. Es sind dies insbesondere die Fälle der sogenannten " Konfliktszuständigkeit " der HV, die dann zur Tragen kommen, wenn wegen Nichteinigung zwischen AR und Vorstand die HV letztinstanzlich entscheidet. Vgl. § 173 ⁴¹⁷⁾. Jedoch kann der Allein- oder Mehrheitsaktionär im AR seine Macht auch nicht schrankenlos ausnutzen : gegenüber den Gesellschaftsgläubigern würde er sich ggf. gem. §§ 116, 93 Abs. V ersatzpflichtig machen - und zwar nicht wegen der Ausübung des Stimmrechts in der HV - hier würde § 117 Abs. VII entlastend ein-

⁴¹⁵⁾ Vgl. Würdinger S. 314

⁴¹⁶⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi § 117 Anm. 1 und 5

⁴¹⁷⁾ Vgl. S. 96 ff

greifen -, sondern wegen einer möglicherweise fehlerhaften Nichteinigung mit dem Vorstand, die dann einen Akt nicht ordnungsgemässer Amtsführung darstellen würde.

Eine andere, bedeutendere Bestimmung liegt für den Allein- oder Mehrheitsaktionär im AR im § 111 Abs. IV, wonach er - auch durch einen " Ad-Hoc"-Beschluss für bestimmte Arten von Geschäften das Erfordernis seiner Zustimmung aufstellen kann⁴¹⁸⁾.

Das Anrufungsrecht des Vorstandes an die HV ist im hier untersuchten Fall paralysiert. Es darf weiterhin nicht übersehen werden, dass dem AR mindestens drei Mitglieder angehören müssen (§ 95). Für den Fall des Privataktionärs hat das die Bedeutung, dass er sich mit zwei weiteren Personen in das AR-Amt teilen muss. Diese unterliegen nicht seinen Weisungen, auch wenn er natürlich nur Träger seines Vertrauens in den AR bestellen wird.

Anders verhält es sich, wenn der Allein- oder Mehrheitsaktionär eine juristische Person ist und wenn diese ihre gesetzlichen Vertreter in den AR bestellt. Auch dann ist aber nicht die Alleinaktionärin als eine Person AR - auch nicht der Vorstand der Alleinaktionärin als solcher, sondern ein aus mindestens drei Personen bestehendes Gremium (die Besonderheiten des BetrVerfG und des MitbestG sollen in dieser Arbeit ausser acht gelassen werden), das zufällig in seiner Gesamtheit das Organ " Vorstand " bei der Alleinaktionärin bildet.

Es kann der Eindruck entstehen, bei der Ausübung des AR-Amtes im vorgenannten Fall müsse es zwangs-

418) Vgl. im übrigen S. 157 f

läufig zu Interessenkonflikten kommen; denn als Vorstand der Alleinaktionärin haben die AR-Mitglieder gem. § 93 Abs. I (es wird unterstellt, dass es sich bei der Alleinaktionärin um eine A.G. handelt) die Interessen ihrer " eigenen " A.G. wahrzunehmen, während sie als AR-Mitglieder gem. § 116 gleichzeitig den Nutzen der betreffenden Gesellschaft zu erstreben haben. Der Konflikt wird scheinbar noch dadurch gesteigert, dass die Ausübung des AR-Mandats sich hinsichtlich ihrer Ausstrahlung auf die andere Gesellschaft gleichzeitig als Geschäftsführungsmassnahme darstellt. Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn man die juristische " Zufälligkeit " des Zusammen treffens beider Ämter sich verdeutlicht und sie streng von einer zweifellos gegebenen wirtschaftlichen Zwangsläufigkeit scheidet. So verstanden kann eine Entscheidung, die im AR der im Mehrheits- oder Alleinbesitz stehenden A.G. getroffen worden ist, nicht dadurch rechtmässig werden, dass sie der Gesellschaft, der die AR-Mitglieder als Vorstand angehören, nützt. Bei der Ausübung des AR-Amtes muss zunächst die Förderungspflicht aus §§ 116, 93 beobachtet werden. Schadet eine an diesen Grundsätzen orientierte Entscheidung der " eigenen " Gesellschaft, so wird hierin keine gegen § 93 verstossende Vorstandsentscheidung gegenüber der eigenen A.G. zu sehen sein; denn würde sie ihr, zum Schaden der im Mehrheitsbesitz stehenden A.G. nützen, so läge ein Verstoss gegen § 311 durch die Mehrheitsaktionäre vor, der, wenn er ohne Ausgleich vorgenommen würde, gem. § 317 zum Schadensersatz verpflichten würde. Hervorzuheben ist selbstverständlich, dass in der Praxis regelmässig ein für beide Gesellschaften glücklicher und damit zulässiger Kompromiss zu finden ist.

Dem AR, der von einer Mehrheits- oder Alleinaktionärin gebildet wird, steht natürlich die Möglichkeit offen, den Vorstand bei einem Vertrauensentzug unter den genannten einschränkenden Voraussetzungen ⁴¹⁹⁾ zu entlassen. Er hat jedoch in einem solchen Fall dieselben Maßstäbe zu beobachten, die für den AR im " Normalfall " gültig sind. Insbesondere können - eben wegen der gerichtlichen Nachprüfbarkeit der Sachlichkeit des Vertrauensentzugs und wegen des vom AR gegenüber der Gesellschaft zu pflegenden Verhaltens (§§ 116, 93) - nicht nach Bedarf und Willkür wichtige Gründe produziert werden, die den Vorstand unter dem Damoklesschwert der jederzeitigen Abberufung stehen lassen würden.

Entscheidend wird die Stellung als Alleinaktionär durch den Umstand verstärkt, dass er den AR mit Personen seiner Wahl zum Zweck einer ihm genehmen Zusammensetzung des Vorstandes beschicken kann ⁴²⁰⁾.

Darüber hinaus ist bei dem den AR bildenden Einmannesgesellschafter der zweistufige Entlassungstatbestand bei Misstrauensvotum in die Hand faktisch eines Organs gelegt.

Zusammenfassend kann gefolgert werden, dass auch dem Mehrheits- oder Alleinaktionär keine strukturell stärkere Stellung in der A.G. zukommt, obwohl durch das mögliche Zusammentreffen von HV- und AR-Funktion eine Steigerung der Einflussnahmemöglichkeiten anerkannt werden muss.

Es kann demnach ohne Einschränkung festgestellt werden, dass tatsächlich für den Grossaktionär die

⁴¹⁹⁾ Vgl. S. 122 ff

⁴²⁰⁾ Vgl. BGH in BB 1962 S. 816

Anteile einen höheren Wert haben als für den Kleinaktionär: Die vorgeschilderte tatsächliche Abhängigkeit der Verwaltung wegen des Bedürfnisses der Wiederbestellung nach Ablauf von 5 Jahren und der - zwar eingeschränkten - Abberufungsmöglichkeit des Vorstandes aufgrund eines sachlichen Misstrauensvotums geben dem Grossaktionär eine Stellung, die man in tatsächlicher Hinsicht als beherrschend ansehen kann ⁴²¹⁾.

Des weiteren kann sich auch der Allein- oder Mehrheitsaktionär durch einen von ihm gewählten AR selbst zum Vorstand bestellen ⁴²²⁾. Dieser Fall, der auf den ersten Blick die höchstmögliche Form der Einflussnahme darstellt, wird in seiner Bedeutung sofort herabgesetzt, wenn man bedenkt, dass die nunmehrigen Einwirkungsmöglichkeiten nicht aus der Beteiligung fließen, sondern aus der organschaftlichen Position. Ein solcher Vorstand ist - wie jeder andere - verpflichtet, sein Amt nach Massgabe der §§ 76, 77, 93 zu führen.

Der Abhängigkeitsbegriff des § 17 Abs. II

Aus dem Gesagten erhellt, dass eine Abhängigkeit im rechtlichen Sinn sich nicht ohne weiteres auf einem mehr oder weniger grossen Beteiligungspaket aufbauen kann. Auch der Hinweis auf die Abberufbarkeit des Vorstandes aufgrund eines Misstrauensvotums ⁴²³⁾ der HV erscheint dann nicht ausreichend zur Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses, wenn man als Voraussetzung die Möglichkeit eines Unternehmens fordert, einem anderen seinen Willen aufzuzwingen ⁴²⁴⁾. Diese Möglichkeit wäre bei den mit Mehrheit beteiligten Unternehmen dann

⁴²¹⁾ Vgl. Großfeld S. 30; Stützel, Aktienrechtsreform S. 954 ff

⁴²²⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi, § 1 Anm. 13; Baumbach-Hueck 1968, Anh. nach § 262 Anm. 9

⁴²³⁾ Vgl. S. 122 ff

⁴²⁴⁾ Vgl. RG 167, 49; Würdinger S. 271, Godin-Wilhelmi, § 17 Anm. 1, Baumbach-Hueck 1968, § 17 Anm. 2

zu sehen, wenn das Misstrauensvotum stets ein wichtiger Grund für die Abberufung wäre. Dies ist aber nur bei einem " offenbar nicht unsachlichen " Misstrauensvotum der Fall ⁴²⁵⁾. Aufzwingen kann das mit Mehrheit beteiligte Unternehmen dem Vorstand der A.G. aber nur eine den Interessen der Gesellschaft dienende (vom Vorstand möglicherweise nicht gewollte) Massnahme ⁴²⁶⁾. Erblickt man in dieser Möglichkeit einen Beherrschungstatbestand, so kann man allerdings von einer Abhängigkeit sprechen. Wie aber auch aus § 311 folgt, umfasst der Begriff des Beherrschens (Willen aufzwingen) gerade die Fähigkeit zur Durchsetzung schädigender Weisungen.

An dieser Stelle kommt dem Umstand entscheidende Bedeutung zu, dass - wie ausgeführt - der Vorstand sich wegen seiner max. 5-jährigen Amtsdauer stets um ein gutes Einvernehmen mit dem AR und damit der HV-Mehrheit bemühen wird. Insoweit ist es zwar nicht rechtlich, aber menschlich = tatsächlich möglich, dass die HV-Mehrheit in der Verwaltung schädigende Wünsche durchsetzt.

In diesem Zusammenhang fragt es sich, welche Bedeutung die sich aus einer solchen Abhängigkeit ergebenden Vorschriften haben. Schädliche Einflussnahmen im Sinne von § 311 können - bei der hier vertretenen Ansicht - in der Regel durch ein die Mehrheit haltendes Unternehmen nur ausgeübt werden, wenn der " abhängige " Vorstand seine ihm gemäss § 93 der Gesellschaft gegenüber obliegenden Verpflichtungen nicht beachtet. Auf diesem Standpunkt scheint auch Mestmäcker zu stehen ⁴²⁷⁾,

⁴²⁵⁾ Vgl. S. 129, BGH 13, 193

⁴²⁶⁾ Vgl. das Beispiel auf S. 132

⁴²⁷⁾ S. 251

der bei der Behandlung des (als Vorläufer des § 311 geltenden) § 101 AktG 1937 treffend formuliert : " Wer dem von aussen auf die Gesellschaft ausgeübten Einfluss erliegt, haftet auf Schadensersatz, wenn er seine Sorgfaltspflichten ausser acht gelassen hat ". Gem. § 311 darf der Vorstand solchen Einflussnahmen erliegen, wenn ihnen die Spitze ihrer schädigenden Wirkung durch einen entsprechenden Ausgleich abgebrochen wird (§ 311 Abs. I letzt. Halbs.). Hierbei muss man dem Vorstand natürlich ein gewisses Mass an Ermessensfreiheit zugestehen ⁴²⁸⁾.

428) So auch Geßler in DB 1965, 1729. Hier heisst es wörtlich: "da bei nachteiligen Geschäften der Ausgleich nicht sofort zu erfolgen braucht, muss es dem Ermessen des Vorstandes überlassen bleiben, ob er sich zur Befolgung der nachteiligen Weisung entschliesst. Er kann dies, ohne seine Sorgfaltspflichten zu verletzen, wenn er gegenüber dem herrschenden Unternehmen klarstellt, dass er das Geschäft als nachteilig ansieht, für das seiner Gesellschaft in bestimmter Höhe Ausgleich zu gewähren ist und die herrschende Gesellschaft dies anerkennt. Von den Umständen des Einzelfalls hängt es ab, ob er sich schon nach § 93 schadensersatzpflichtig macht, wenn er bei einem nachteiligen Geschäft nicht auf sofortigen Ausgleich dringt, weil nach der Vermögenslage der herrschenden Gesellschaft der spätere Ausgleich gefährdet ist. Es ist dies eine Regelung, die mE unter Berücksichtigung der Interessen der aussenstehenden Aktionäre die Leitung eines Konzerns ermöglicht. Wird kein Beherrschungsvertrag mit seinen Sicherungen für die aussenstehenden Aktionäre abgeschlossen, muss sich die herrschende Gesellschaft damit abfinden, dass ihre Weisungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Interessen der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft - insbesondere auf den Ausgleich von Nachteilen - überprüft werden".... Etwas weiter oben heisst es: "eine rechtliche Pflicht, ... den Weisungen zu entsprechen ..., konnte wohl auch nicht vorgeschrieben werden; denn der Vorstand der abhängigen Gesellschaft muss das Recht haben zu prüfen, ob er sich ohne Verletzung seiner Sorgfaltspflicht in der Lage sieht, den Weisungen zu entsprechen". Anders noch Flechtheim in Enquête-Gutachten nach S. 30, der der Auffassung ist, die Verwaltung sei berechtigt, sich Wünschen eines die Majorität haltenden Aktionärs zu fügen, sofern es sich nicht um einen beliebigen Grossaktionär handele.

In dieser Sicht kommt § 311 (insbesondere dessen Abs. II und § 317) die Bedeutung zu, dass der Umstand des pflichtwidrigen Handelns des Vorstandes das einflussnehmende Unternehmen nicht von Verantwortlichkeit befreit. Die einflussnehmende Gesellschaft soll sich nicht darauf berufen können, dem A.G.-Vorstand sei es ja unbenommen gewesen, die Befolgung der " Anregung " zu verweigern, ja er habe hierzu sogar eine Pflicht gehabt. § 311 trägt somit der möglichen menschlichen Schwäche des Vorstandes einer im Mehrheitsbesitz stehenden Gesellschaft Rechnung. Unter diesen Umständen erscheint es zumindest als weitgehend, wenn man in § 17 Abs. II eine widerlegliche Vermutung für ein Abhängigkeitsverhältnis bei einer im Mehrheitsbesitz stehenden Gesellschaft aufstellt. Die der Abhängigkeit " innewohnenden Vorgänge " - nämlich der Gehorsam der Geschäftsleitung des abhängigen Unternehmens im Fall der schädigenden Einflussnahme - können bei blosser Mehrheitsbeteiligung nur praktisch werden, wenn der Vorstand seine Pflichten aus § 93 Abs. I nicht ernst nimmt.

Unter Abhängigkeit versteht das Gesetz in § 17 Abs. I aber andererseits die Möglichkeit eines Unternehmens, auf ein anderes beherrschenden Einfluss zu nehmen. Es muss sich also um eine objektive Position handeln, die das betreffende Unternehmen zu dem Einfluss befähigt - nicht hierzu zählt die im subjektiven Bereich liegende Frage, ob der Vorstand der im Mehrheitsbesitz stehenden A.G. sich moralisch stark genug fühlt, sich schädigenden Einflussnahmen zu widersetzen und damit möglicherweise seine Wiederbestellung nach Ablauf seiner Amtszeit zu gefährden.

In diesem Licht gesehen kommt der Verpflichtung des Vorstandes, gem. § 312 einen Abhängigkeitsbericht zu erstellen, die Bedeutung einer "Eigenwarnfunktion" zu, jedenfalls, soweit die Abhängigkeit auf einer Mehrheitsbeteiligung beruht. Der Vorstand soll durch die Anfertigung dieses Berichtes für die Einsichtsbefugten unter Beweis stellen, dass er der menschlich-möglichen Gefahr nicht unterlegen ist, sich unter Hintansetzung der Interessen der A.G. dem Grossaktionär gegenüber gefällig zu erweisen.

Im Hinblick auf diese Eigenwarnfunktion ist die Anwendbarkeit des § 312 auf alle im Mehrheitsbesitz stehenden A.G.en zu bejahen, auch wenn von einem Abhängigkeitsverhältnis i.S. des § 17 Abs. I nicht gesprochen werden kann. Insoweit mag die Vermutung des § 17 Abs. II ihre Bedeutung haben.

Eine andere Bedeutung bekommt der gesetzliche Abhängigkeitsbegriff, wenn man unter ihm mit Obermüller-Werner-Winden ⁴²⁹⁾ allein den Umstand versteht, dass der Mehrheitsaktionär mittelbar den Vorstand bestellen kann und dass er gem. § 173 den Jahresabschluss feststellen kann. Noch einfacher versteht Geßler ⁴³⁰⁾ unter ihm einen "rein tatsächlichen Sachverhalt". Damit soll wohl ausgedrückt werden, dass ein Abhängigkeitsverhältnis keine (bindenden) Weisungsbefugnisse voraussetzt.

Bei beiden Meinungen klappt jedoch zwischen § 17 Abs. I und 17 Abs. II eine erhebliche Lücke; denn § 17 Abs. I setzt erkennbar die Möglichkeit des herrschenden Unternehmens zur Erteilung bindender Weisungen voraus.

⁴²⁹⁾ S. 170

⁴³⁰⁾ In DB 1965, 1692

Die Vermutung des § 17 Abs. II kann auch die Bedeutung haben, dass der Mehrheitsbesitz nur einem Herrschaftsverhältnis gleichgestellt werden soll. Diese Auslegung macht es jedoch schwierig, Kriterien herauszustellen, bei deren Vorhandensein die Vermutung als widerlegt angesehen werden kann ⁴³¹⁾.

§ 17 Abs. II kann aber auch dahingehend ausgelegt werden, dass aus dem Vorhandensein der Mehrheitsbeteiligung widerleglich auf andere Umstände geschlossen wird, die ein Herrschaftsverhältnis begründen würden. Zu diesen Umständen kann es z.B. zählen, dass die Vorstandsmitglieder des den Mehrheitsbesitz haltenden Unternehmens gleichzeitig Vorstandsmitglieder des im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens sind, dass ferner zwischen den Unternehmen vertragliche Abmachungen bestehen, die nicht in die Kategorie der eintragungspflichtigen Unternehmensverträge fallen - wie z.B. Lieferverträge. Diese Auslegung verlangt also zur reinen Tatsache der Mehrheitsbeteiligung etwas "Zusätzliches". Die Mehrheitsbeteiligung wird dann nicht als das die Abhängigkeit begründende Element verstanden, sie wird vielmehr als ein Hinweis auf das Vorliegen von Umständen aufgefasst, die eine Abhängigkeit ausmachen.

Diese Auslegung wird im höheren Mass der Wirklichkeit des Beteiligungsrechts gerecht; denn sie übersieht nicht, dass das Anteilsrecht für sich genommen rechtlich nicht ausreicht, um beherrschenden Einfluss auszuüben.

Andererseits scheinen § 19 Abs. II und III der hier vertretenen Ansicht zu widersprechen; denn

⁴³¹⁾ Geßler in DB 1965, 1696 verlangt zur Widerlegung der Vermutung einen Vertrag

dort wird ein Abhängigkeitsverhältnis dann unwiderleglich vermutet, wenn einem wechselseitig beteiligten Unternehmen an einem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung gehört - oder, wenn jedem der beiden Unternehmen die Mehrheit des anderen gehört. MaW muss zu der Tatsache der Mehrheitsbeteiligung nur hinzukommen, dass dem im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen mindestens 25 % der Anteile des anderen Unternehmens gehören.

Bei der geringen Eignung des Mitgliedschaftsrechts zur Ausübung von Einfluss auf die Geschäftsführung kann nicht eingesehen werden, aus welchem Grunde aus der Summe von wechselseitiger Beteiligung und Mehrheitsbesitz die Möglichkeit zur Ausübung von Einfluss resultieren soll. Eine derartige Absicht kann dem Gesetzgeber auch nicht unterstellt werden. § 19 Abs. II und III haben vielmehr die Bedeutung, dass die betreffenden Unternehmen wie abhängige Unternehmen behandelt werden sollen. Dies deshalb, weil man mit Recht misstraut, dass das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen das andere schon deshalb " gut bedienen " wird, weil es damit am besten den Bestand des Wertes seiner eigenen Beteiligung erhalten kann. Des weiteren soll durch die Gleichstellung der wechselseitigen Beteiligung mit der Abhängigkeit erreicht werden, dass die Ausübung des Stimmrechts aus den entsprechenden Aktien ausgeschlossen bleibt (§ 136 Abs. II), um zu verhindern, dass die beteiligten Verwaltungen die der HV zustehenden Rechte an sich ziehen.

Im übrigen stellt das Gesetz in § 19 Abs. II und III die dort genannten Tatbestände einem Herrschaftsverhältnis nur gleich, indem es die Mehr-

heitsbeteiligung bei wechselseitiger Beteiligung alternativ (" oder ") neben die Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses stellt. Hätte es in der Mehrheitsbeteiligung bei Wechselbesitz unwiderleglich die Vermutung für ein Herrschaftsverhältnis aufstellen wollen, so würde die Formulierung " ... oder kann das eine auf das andere Unternehmen sonst einen beherrschenden Einfluss ausüben ... " lauten.

Schliesslich erscheint die zweite Alternative in § 19 Abs. II und III nicht gerade als gelungene Regelung ⁴³²⁾; denn wenn ein wechselseitig beteiligtes Unternehmen auf ein anderes einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, ist der Tatbestand der Abhängigkeit bereits nach § 17 Abs. I gegeben.

Die hier vertretene Ansicht liegt auch auf der Linie der hM zu § 15 AktG 1937 ⁴³³⁾. Man stand damals auf dem Standpunkt, dass sich eine gleichgewichtige wechselseitige Beteiligung gegenseitig aufhebe ⁴³⁴⁾. Demgegenüber wandten Hefermehl und Rasch ⁴³⁵⁾ ein, diese Frage sei nach dem AktG anders zu beurteilen als nach dem HGB. Dies (bezeichnenderweise) deshalb, weil nach dem AktG die HV und der AR dem Vorstand gegenüber nicht mehr weisungsbefugt seien.

Man muss dem nicht unbedingt mit der Argumentation Boesebecks ⁴³⁶⁾ begegnen, der meint, bei dem Versuch, eine gegenseitige Abhängigkeit zu begründen, drehe man sich notwendig im Kreis, da man über die Abhängigkeit zum Stimmrechtsausschluss

⁴³²⁾ Kritisch Obermüller-Werner-Winden S. 71

⁴³³⁾ Klausling § 15; Schlegelberger-Quassowski § 15 Anm. 14

⁴³⁴⁾ Im Anschluss an das Iduna-Urteil RG 149, 305

⁴³⁵⁾ DB 1955, 305 bzw. alte Aufl. S. 49

⁴³⁶⁾ DB 1955, 401

käme, der Stimmrechtsausschluss aber wieder die Unabhängigkeit begründe. Danach führe die Unabhängigkeit wieder zum Stimmrecht und somit käme man wieder zur Abhängigkeit.

Jedoch bleiben Hefermehl und Rasch die Erklärung dafür schuldig, auf welche Weise man bei einem (ihre Deduktion tragenden) weisungsunabhängigen Vorstand zu einer Abhängigkeit durch Wechselbeteiligung kommen kann. So erscheint es unerfindlich, wieso eine Mehrheitsbeteiligung wegen der Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes zu schwach sein soll, um sich in einer gegenseitigen Abhängigkeit ausschliessenden Weise zu neutralisieren: entweder verleiht die Beteiligung einen ein Abhängigkeitsverhältnis begründenden Einfluss, dann muss sie sich im Fall einer gleichgewichtigen Wechselbeteiligung aufheben - oder eine Abhängigkeit wird nicht begründet, dann kann es - wie hier vertreten - auch bei Wechselbeteiligung nicht zur Abhängigkeit auf beiden Seiten kommen. § 19 Abs. II und Abs. III stellt mithin nur eine Gleichstellung dar.

Es kann also auch daran festgehalten werden, dass § 17 Abs. II die Vermutung für einen " Zusatz " aufstellt, der ein Abhängigkeitsverhältnis begründen würde. Unabhängig davon wird die Anwendung von § 312 - wie dargelegt - ⁴³⁷⁾ auf alle im Mehrheitsbesitz stehenden A.G.en zu fordern sein.

Die missverständliche gesetzliche Regelung des § 17 Abs. II ist historisch zu verstehen: gem. § 15 Abs. II AktG 1937 galt die Mehrheitsbeteiligung als der Konzernfall schlechthin. Ein Konzern setzte aber schon damals eine einheitliche Lei-

⁴³⁷⁾ Vgl. S. 173

tung voraus. Bei der schon durch das AktG 1937 stark beschnittenen Stellung der HV und der Anhebung der Stellung des Vorstandes ist aber nicht einzusehen, auf welche Weise diese einheitliche Leitung durch die reine Mehrheitsbeteiligung erreicht werden konnte. § 15 Abs. II AktG 1937 war demnach bereits damals systemwidrig und bedeutete eine unkritische Fortschreibung des § 226 Abs. IV HGB. Dabei ist bezeichnend, dass das RG in seiner heute noch als beispielhaft ⁴³⁸⁾ verstandenen Abhängigkeitsentscheidung ⁴³⁹⁾ gerade die Linie von § 226 HGB zu § 15 Abs. II AktG zog. Den zur Entscheidung stehenden Fall hätte das RG ⁴⁴⁰⁾, ohne auf die Abhängigkeitsfrage einzugehen, allein mit dem Institut der Mehrheitsbeteiligung entscheiden können, wenn es dieses im AktG 1937 schon gegeben hätte.

Dass das AktG 1965 die Mehrheitsbeteiligung durch ihre gegenüber der Abhängigkeit besondere Herausstellung als etwas Wesensverschiedenes ansieht, muss als ein Fortschritt begrüsst werden.

7. Der Grund für die Zahlung von Paketzuschlägen

Bei der hier vertretenen Meinung erhebt sich die Frage, welche Gründe einen Aktienerwerber veranlassen können, beim Kauf einer besonderen Vielzahl von Anteilen den in der Praxis üblichen Paketzuschlag zu zahlen ⁴⁴¹⁾. Solche Paketerwerbe können nur dann einen Sinn haben, wenn die Beziehung des Käufers zu der betreffenden A.G. gestärkt wird, wenn in seiner Person ein Machtzu-

⁴³⁸⁾ Godin-Wilhelm1 § 17 Anm. 2; Würdinger S. 271

⁴³⁹⁾ RG 167, 49 ff

⁴⁴⁰⁾ aaO

⁴⁴¹⁾ Vgl. Mestmäcker S. 141

wachs eintritt. Klarstellend muss darauf hingewiesen werden, dass diese Zuschläge nicht mit Rücksicht auf eine etwaige vorzügliche Rentabilität des fraglichen Papiers gezahlt werden - dieser Umstand wird durch den Verkehrs-(-Kurs-)wert honoriert, die Zuschläge werden vielmehr aus Gründen gezahlt, die über das bloße Anlageinteresse des Erwerbers hinausgehen. Zur Zeit der Geltung des Aktienrechts des HGB, als die GV als oberstes Organ der A.G. angesprochen werden konnte, lagen die Gründe für einen Paketerwerb auf der Hand. Die Zuschläge scheinen in Ansehung des geltenden Rechts für etwas geleistet zu werden, das der Käufer de iure nicht erwerben kann - nämlich einen Machtzuwachs.

Eine einheitliche Beantwortung kann diese Fragestellung nicht erfahren. Global kann vorausgeschickt werden, dass mit Rücksicht auf die dargestellte Rechtslage in der Tat der Mehrheits- oder Alleinbeteiligung eine ihr nicht zukommende Bedeutung beigemessen wird.

Es kann jedoch nicht übersehen werden, dass eine Mehrzahl von Vorstandsmitgliedern nach wie vor geneigt sein wird, sich einem Gross- oder Alleinaktionär gegenüber gefügig zu verhalten, um nach Ablauf der Amtszeit mit einer Wiederbestellung rechnen zu können. Ein derartiges " Wohlverhalten " ist auch solange nicht zu beanstanden, als der Vorstand sich nicht gegenüber solchen Einflussnahmen folgsam erweist, die eine Schädigung der A.G. im Gefolge haben.

Weiterhin kann nicht übersehen werden, dass ein Mehrheitsaktionär über alle Fragen, die nach dem AktG in die Zuständigkeit der HV gehören, unangefochten nach eigenem Willen befinden kann. Hier ist

an erster Stelle zu nennen das Recht zur AR-Wahl. Durch die Bestellung von AR-Mitgliedern seines Vertrauens kann der Mehrheitsaktionär mittelbar erreichen, dass zum Vorstand ebenfalls nur Personen bestellt werden, welche die von ihm beabsichtigte Geschäftspolitik zu treiben willens und in der Lage sind.

Darüber hinaus kann der Mehrheitsaktionär regelmässig erreichen, dass der Jahresabschluss nach seinem Willen zustande kommt ⁴⁴²⁾. Somit hat er einen weitgehenden Einfluss auf das Finanzwesen des Unternehmens, wenn er auch den Rahmen des § 58 zu beachten hat. Auch muss er - falls es sich nicht um eine Einmann-Gesellschaft handelt - darauf achten, dass durch einen letztlich durch ihn festgestellten Jahresabschluss keine Anfechtungsklage durch einen Minderheitsaktionär gem. § 254 provoziert wird.

Schliesslich kann der Mehrheitsaktionär - ohne Rücksicht auf die Belange anderer - Massnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung beschliessen; er wird bei Vorhandensein der erforderlichen Mehrheiten frei in der Zustimmung zu Unternehmensverträgen; er kann bei mindestens 95%iger Beteiligung eine Eingliederung vornehmen und bei Satzungsänderungen nach seinem Gutdünken verfahren.

Insoweit durch einen Paketerwerb keine Mehrheit zustande gebracht wird, soll jedoch auf die nicht unbedeutenden Minderheitsrechte hingewiesen werden. Hier sind zu erwähnen: Das Recht, eine Sonderprüfung zu verlangen (§ 142 Abs. II) und das Recht, die Bestellung und Berufung von Abwicklern zu beantragen (§ 265 Abs. III). Die vorgenannten Rechte sind in ihrer Geltendmachung an einen be-

stimmten Prozentsatz des Nennbetrages des Grundkapitals oder an die Innehabung eines bestimmten Mindestnennbetrages an Aktien gebunden. Im Übrigen sind sie gerichtlich vorzubringen. Des weiteren verdient in diesem Zusammenhang § 120 Abs. I Erwähnung, mit dem Einfluss auf den Ablauf der HV ausgeübt werden kann, indem eine gesonderte Abstimmung über die einzelnen AR- und Vorstandsmitglieder durchgesetzt werden kann. Schliesslich seien erwähnt: Das Recht zum Widerspruch gegen einen Vergleich (§§ 50, 93 Abs. IV S. 3, 116, 117) sowie das Recht aus § 147 Abs. I + III, womit die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft erzwungen werden kann ⁴⁴³⁾.

Ein starker Impuls zur Zahlung solcher Zuschläge wird auch in der steuerlichen Privilegierung eines sog. Schachtelbesitzes zu erblicken sein ⁴⁴⁴⁾.

Sehr weit geht wohl Stützel ⁴⁴⁵⁾, wenn er ausführt, der Paketzuschlag sei vielfach der kapitalisierte Wert der erwarteten gesellschaftsfremden Sonder Vorteile. Im Hinblick auf die Einflussnahmemöglichkeit über die Wiederbestellung ist ihm jedoch beizupflichten.

Hinzu kommt eine rein wirtschaftliche Überlegung, die die Bereitschaft zur Zahlung eines Paketzuschlages fördert: Würde ein Erwerbswilliger über die Börse eine angestrebte Quantität von Anteilen erwerben, so würde die dadurch ausgelöste Nachfragesteigerung einen für den Gesamtkaufpreis ungünstigen Kursanstieg im Gefolge haben. Billiger ist dann der Weg, über den Paketzuschlag den Preismechanismus der Börse auszuschalten.

443) Vgl. Obermüller-Werner-Winden S. 40

444) Vgl. Lenel, S. 403; § 9 KStG

445) S. 965

Die genannten Rechte, sowohl die der Mehrheit als auch die Ausnahmefugnisse der Minderheit, erscheinen sehr wohl geeignet, die Position des Anteilsinhabers zu verbessern. Die Möglichkeit dieser Verbesserung kann einen hinreichenden Grund zur Zahlung von Paketzuschlägen abgeben.

All diesen Gründen zur Zahlung von Paketzuschlägen steht nicht entgegen, dass - wie hinreichend ausgeführt - eine rechtliche Verpflichtung des Vorstandes, den Wünschen des Grossaktionärs zu willfahren, weder mittelbar noch unmittelbar besteht. Insbesondere ist keine rechtliche Bestimmung erkennbar, die es gestatten würde, zwischen Gross- oder Alleinaktionär und Vorstand eine Art Arbeitnehmer - Arbeitgeberverhältnis zu konstruieren ⁴⁴⁶⁾.

III Vertragliche
Einflussnahme-
möglichkeiten
ohne Leitungsmacht

Wenn dargelegt wurde, dass die Mehrheitsbeteiligung als solche nicht zur Ausübung einer Beherrschung geeignet ist, so muss untersucht werden, aufgrund welcher Umstände eine Abhängigkeit auf anderweitige Art begründet werden kann. Denn - wie die Vorschrift des § 311 beweist - hatte der Gesetzgeber ausserhalb des Beherrschungsvertrages und der Eingliederung Fälle im Auge, in denen die Geschäftsführung einer A.G. zu bestimmten Massnahmen gezwungen werden kann. Diese Einflussmöglichkeiten können nicht als Leitungsmacht i.S. des Gesetzes angesehen werden; denn wie aus der Überschrift zu § 308 erhellt, ist dieser Begriff für solche Weisungen reserviert, die sich für die angewiesene A.G. schädlich auswirken können ⁴⁴⁷⁾.

⁴⁴⁶⁾ Vgl. Semler S. 16

⁴⁴⁷⁾ Vgl. oben S. 7

Gesucht wird also eine Art der Einflussnahme, der sich der Vorstand nicht entziehen kann, bei der aber benachteiligende Weisungen - jedenfalls sofern sie ohne Ausgleich ergehen - ausgeschlossen sind.

Als Ausgangspunkt kann § 18 Abs. I, der den sog. Unterordnungskonzern definiert, genommen werden. Ein solcher Konzern liegt vor, wenn ein herrschendes und ein abhängiges Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind. Nach der Begr. des RegE⁴⁴⁸⁾ ist es zur "Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung" nicht erforderlich, dass das Mittel der Zusammenfassung in einem Beherrschungsvertrag oder einer Eingliederung liegt.

Ein Anwendungsfall des Unterordnungskonzerns in diesem Sinne ist das Pacht-Auftragsverhältnis.

1. Inhalt eines Unternehmenspachtvertrages

Angesprochen ist hier nicht der blosse Unternehmenspachtvertrag zwischen sonst in keiner Beziehung zueinander stehenden Partnern. Verpachtet eine A.G. ihr Unternehmen - bestehend aus einem Inbegriff von Sachen und Rechten⁴⁴⁹⁾ an einen anderen, so besagt das nur, dass die Verpächterin aufhört, aktiv ihrem Gesellschaftszweck nachzugehen. Anstelle des jährlich erwirtschafteten Gewinns tritt der in der Höhe gleichbleibende Pachtzins⁴⁵⁰⁾.

Hierdurch verändert sich das Vermögenssubstrat des Unternehmens nicht - dafür sorgen bereits die auf die Erhaltung des Pachtgegenstandes hin-

⁴⁴⁸⁾ Kropff S. 33

⁴⁴⁹⁾ Hier könnte man übrigens nur mit dem institutionellen Unternehmensbegriff vgl. oben S. 25 ff arbeiten

⁴⁵⁰⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi § 292 Anm. 5

zielenden Vorschriften der §§ 587, 588, 589 BGB, dies jedenfalls solange, als Grundstücke mitverpachtet sind. Es ändert sich letztlich nur die Person desjenigen, der das Unternehmen ausübt.

Berührt werden hingegen die Verhältnisse der Aktionäre der Verpächterin; denn sie verzichten auf die Möglichkeit, Gewinn aus der aktiven wirtschaftlichen Betätigung der A.G. zu ziehen und bezahlen ihren Verzicht auf das Eingehen unternehmerischer Risiken mit der Bescheidung auf einen Pachtzins, der in aller Regel unter einem Unternehmensgewinn liegen dürfte⁴⁵¹⁾. Deshalb bedarf es zur Wirksamkeit eines solchen Vertrages gem. § 293 Abs. I auch der Zustimmung einer Dreiviertelmehrheit der HV.

Gläubigerinteressen können durch den Unternehmensvertrag nicht betroffen werden, weil die Vermögenssubstanz der Verpächterin unberührt bleibt.

Die Stellung des Vorstandes ist gegenüber der Pächterin⁴⁵²⁾ vollkommen unabhängig, wenn auch der Sache nach beschränkt auf die Überwachung der Einhaltung der Pachtvertragsbestimmungen durch die Pächterin.

2. Das Auftragsverhältnis als hinzutretendes Element

Die Situation ändert sich, wenn nach einer erfolgten Verpachtung die Verpächterin sich verpflichtet, das Unternehmen im eigenen Namen und im Auftrag der Pächterin zu betreiben⁴⁵³⁾. Es treffen dann zwei Schuldverhältnisse zusammen - nämlich einmal das Pachtverhältnis mit den geschilderten Konsequenzen und zum anderen das Auftragsverhältnis.

⁴⁵¹⁾ Vgl. Mestmäcker S. 231

⁴⁵²⁾ Oder auch gegenüber dem Einzelpächter; denn das Gesetz spricht in § 292 Abs. I S. 3 von einem Anderen

⁴⁵³⁾ Vgl. Würdinger S. 286

Diese zunächst kompliziert anmutende Konstruktion wurde bereits in den Anfängen der Konzentrierungsbestrebungen als Mittel angewandt, Einfluss auf fremde Unternehmen auszuüben. Besonders verbreitet war diese Praxis im Bergbau- und Eisenbahnwesen ⁴⁵⁴⁾.

Mestmäcker spricht in diesem Zusammenhang ⁴⁵⁵⁾ davon, dass in der Praxis diese Pachtverträge ganz allgemein die Tendenz hatten, das Pachtunternehmen zu Gunsten der Pächter zu zerstören. Er hat dabei im Auge, dass die Anteile der Verpächterin zum Überwiegenden Teil vom Pächter gehalten werden. Er geht dabei von der - zur Zeit des Erscheinens seines Werkes ⁴⁵⁶⁾ - unbestreitbar richtigen Voraussetzung aus, dass kraft des bestehenden Auftragsverhältnisses die Verpächterin verpflichtet war, den Weisungen des Pächters blindlings zu folgen (§ 665 BGB).

Nach Inkrafttreten des AktG 1965 dürfte jedoch eine andere Betrachtungsweise angezeigt sein:

Die Lösung findet sich auch bei Mestmäcker ⁴⁵⁷⁾, wenn dort ausgeführt wird, ein solches Pachtverhältnis stelle eine Organshaft i.S. der damaligen Rechtsprechung dar ⁴⁵⁸⁾. Gerade die Organshaft kann heute aber als durch die gesetzliche Einfügung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages als abschliessend geregelt angesehen werden; denn wenn nach dem Steuerrecht eine Organshaft dann vorliegen soll, wenn der Organgesellschaft de facto die Stellung eines Angestellten zukommt und ihr jedes eigene Ge-

⁴⁵⁴⁾ Vgl. Mestmäcker S. 317

⁴⁵⁵⁾ aaO

⁴⁵⁶⁾ D.h. zur Zeit der Geltung des AktG 1937

⁴⁵⁷⁾ S. 318

⁴⁵⁸⁾ Vgl. RFH Slg 34, 176

winnstreben fremd zu sein hat, so ist nach heutigem Recht die Organschaft als eine Kombination der beiden genannten Unternehmensverträge anzusehen ⁴⁵⁹⁾.

Wenn aber mit der Kombination aus Pacht und Auftrag im Effekt eine - wenn man es einmal so nennen kann - " Organschaft alten Rechts " geschaffen werden kann, so muss diese Konstruktion heute auch den rechtlichen Anforderungen entsprechen, die an eine so verstandene Organschaft zu stellen sind, d.h. sie ist nur in der Form der Kombination aus Beherrschungsvertrag und Gewinnabführungsvertrag denkbar. Hierfür spricht einmal der Gedanke, dass es auf die Bezeichnung der Verträge in Ansehung ihrer rechtlichen Qualifikation nicht ankommen kann - zum anderen - d.h. wenn die Parteien wirklich durch Abschluss eines Pacht-Auftragsvertrages mit der Möglichkeit der Erteilung schädigender Weisungen die strengeren Bestimmungen des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages umgehen wollen, wird immer § 117 Abs. II BGB heranzuziehen sein, wonach das verdeckte Rechtsgeschäft, also hier der Beherrschungsvertrag mit der Gewinnabführungsabrede wirksam würde. Letzterer würde allerdings möglicherweise wegen Nichtregelung der Abfindung nichtig sein (§ 304 Abs. III) ⁴⁶⁰⁾.

459) Vgl. Godin-Wilhelmi Anm. 7 vor § 291; Würdinger S. 261; RegE Kropff S. 374

460) So im Ergebnis auch Geßler in DB 1965, 1693 § 22 EG AktG 1965 befasst sich zwar mit Unternehmensverträgen, die vor Inkrafttreten des AktG bestanden haben, die Frage der Wirksamkeit wird jedoch nicht geregelt, sie sollte nach dem schriftlichen Bericht des Abgeordneten Wilhelmi (vgl. BT-Drucksache IV 3296 S. 59/60) der Respr. überlassen bleiben

Die Grenzen der
Einflussmöglich-
keit im Pacht-
Auftrag

Bleibt nun in Ansehung obiger Ausführungen für ein Pacht-Auftragsverhältnis kein Raum ?

Hier deutet § 311 den Weg. Danach darf ein herrschendes Unternehmen ein abhängiges nicht zu seinem Schaden beeinflussen, sofern kein Ausgleich erfolgt. Die in § 311 angesprochene Einflussmöglichkeit hat ihren Grund in dem Auftragsverhältnis gem. § 662 ff. Gem. § 665 BGB hat der Beauftragte den Auftrag nach Weisung des Auftraggebers auszuführen. Insoweit ist eine Parallelität zu § 308 unverkennbar. § 311 bestimmt nun, dass diese Einflussmöglichkeit nicht zur Leitungsmacht i.S. des § 308 ausufern darf, schränkt also den § 665 für seinen Geltungsbereich ein; denn § 665 BGB würde die Zulässigkeit einer schädlichen Einflussnahme nicht infrage stellen. Die Grenzen des Pacht-Auftragsverhältnisses sind also in § 311 zu sehen.

Die Eigenwarn-
funktion des Ab-
hängigkeitsbe-
richts

Zur Sicherung dieses bedingten Benachteiligungsverbots ⁴⁶¹⁾ bestimmt das Gesetz besondere Kontrollmassnahmen.

Gem. § 312 hat der Vorstand der aufgrund eines Pacht-Auftragsverhältnisses abhängigen Gesellschaft in den ersten 3 Monaten des Geschäftsjahres einen Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufzustellen. Hierin müssen alle Rechtsgeschäfte unter Angabe von Leistung und Gegenleistung aufgeführt werden, welche die Gesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen selbst oder mit einem mit ihm verbundenen Unternehmen vorgenommen hat.

461) Vgl. Würdinger S. 309

Weiterhin ist über alle Massnahmen Bericht zu erstatten, welche die abhängige Gesellschaft auf Veranlassung oder im Interesse der herrschenden vollzogen oder auszuführen unterlassen hat. Auch ist anzugeben, auf welche Weise etwaige Nachteile während des Geschäftsjahres ausgeglichen worden sind oder auf welche Vorteile der Gesellschaft ein Anspruch gewährt worden ist.

Es fragt sich, ob § 312, dessen Fassung eindeutig solche Tatbestände anspricht, in denen bei Nichtbestehen der Kontrollmöglichkeit eine nachhaltige benachteiligende Beeinflussung der Gesellschaft zu befürchten ist, auch auf das Pachtauftragsverhältnis angewandt werden kann.

Dagegen könnte sprechen, dass gerade beim Pachtauftrag die Gewährleistung eines Ausgleichs durch den unternehmensvertraglich vereinbarten Pachtzins gesichert erscheint.

- Demgegenüber muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass der vereinbarte Pachtzins nur den bei der Verpachtung eines Unternehmens nicht entstehenden Gewinn kompensieren soll. Nicht durch ihn abgedeckt kann ein Schaden werden, der dadurch entsteht, dass die Pächterin Weisungen erteilt, die sich als schädlich für die Substanz des Vermögens der Verpächterin ausweisen.

Zwar würde der Vorstand der Verpächterin in Beobachtung der ihm aus § 93 Abs. I obliegenden Pflicht solche Einflussnahmen zu ignorieren haben. Auch würde sich - ausserhalb aktienrechtlicher Vorschriften - das Pächterunternehmen ggf. aus Pachtvertragsverletzung oder aus Aufwendungsersatz gem. § 670 BGB ersatz-

pflichtig machen. § 312 soll jedoch in allen Fällen zur Anwendung kommen, in denen ein Tatbestand des § 311 gegeben ist. Es ist nur natürlich, dass das seinem Wesen nach auf Transparenz abgestellte Aktienrecht die genannten Vorgänge deutlich zu machen bestrebt ist.

In dieser Sicht fallen unter § 312 beim Pachtvertrag nicht nur möglicherweise über den vertraglichen Rahmen hinausgehende Einflussnahmen, sondern alle Rechtsgeschäfte und Massnahmen, die der Vorstand des abhängigen Unternehmens im Fall der Selbständigkeit der Gesellschaft bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers nicht vorgenommen haben würde.

§ 312 ist daher geeignet, den Vorstand der abhängigen Gesellschaft dazu anzuhalten, nur solche Geschäfte auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens vorzunehmen, zu denen er nach der vertraglichen Abmachung verpflichtet ist. Der Vorschrift kommt somit die bereits erwähnte Eigenwarnfunktion zu. Zum anderen ist der Abhängigkeitsbericht ein geeignetes Mittel sicherzustellen, dass das herrschende Unternehmen sich getreulich im Rahmen der ihm durch Vertrag eingeräumten Möglichkeiten hält.

Die Verantwortlichkeit der Beteiligten

a Haftung des Pächters

Das Pächterunternehmen haftet nach § 117. Der Haftungsausschluss des § 117 Abs. VII S. 1 wird nur selten zum Zuge kommen, da hinreichend dargetan worden ist, dass die Geltendmachung von Beteiligungsrechten in der HV selten eine schädigende Einflussnahme im Gefolge haben kann.

Daneben haftet das Pächterunternehmen aber auch gem. § 317. Es fragt sich, welche Bedeutung § 317 neben § 117 zukommt.

Den Vorläufer zu § 117 bildete im AktG 1937 § 101. Nach dessen Ab. III sollte eine Haftung dann entfallen, wenn die an sich haftungsbe- gründende Massnahme der Wahrnehmung schutzwürdi- ger Belange diene. Diese Ausnahme wurde ganz überwiegend für die Einflussnahmen durch und zu Gunsten von Konzerngesellschaften angewandt ⁴⁶²⁾.

Durch die besondere Regelung der §§ 291 ff für das Recht der verbundenen Unternehmen bedurfte die Haftungsregelung für Einflussnahmen durch Konzerngesellschaften besonderer Erwähnung. Ins- besondere wurde neben dem - den § 101 AktG 1937 - fortsetzenden § 117 der Haftungstatbestand des § 317 für schädigende Einflussnahmen von nicht durch Beherrschungsvertrag oder Eingliederung verbundenen Unternehmen geschaffen. Das bedeutet jedoch nicht, dass § 117 durch § 317 ausgeschlos- sen ist ⁴⁶³⁾. Die Vorschriften bestehen vielmehr nebeneinander, wenn sie sich auch weitgehend überschneiden ⁴⁶⁴⁾.

Einmal entfällt in § 317 die Haftungsausnahme des § 117 Abs. VII. Bei der hier vertretenen An- sicht, wonach eine schädigende Einflussnahme in der HV nur selten möglich ist, hat das in der Hauptsache Bedeutung für den Fall, dass der Vor- stand einen ihn nicht bindenden Beschluss der HV befolgt oder dass die HV in einer gem. § 119 Abs. II vom Vorstand herbeigeführten Ausnahme- zuständigkeit entscheidet.

Ferner fehlt in § 317 das Erfordernis, dass sich die Einflussnahme gegenüber einem Mitglied des

⁴⁶²⁾ Vgl. Müller-Erzbach S. 88/89

⁴⁶³⁾ So aber Leo in "Die A.G." 1965, 355

⁴⁶⁴⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi § 317 Anm. 1; Geßler DB 1965, 1729; Baumbach-Hueck 1968 § 311 Anm. 6

Vorstandes oder sonst einem leitenden Angestellten oder Prokuristen vollziehen muss. Schliesslich muss es sich - entgegen § 117 - nicht um eine auf eine bestimmte Massnahme beschränkte Einflussnahme handeln ⁴⁶⁵⁾. Dann kann auf den Anspruch aus § 317 nicht gegen den Willen der aussenstehenden Aktionäre verzichtet werden. Der nicht dem herrschenden Unternehmen zurechenbare Aktionärskreis kann sich durch Sonderbeschluss gem. §§ 317 Abs. IV, 309 Abs. III gegen den Verzicht wenden.

Bei der Haftungsverpflichtung des herrschenden Unternehmens ist nicht darauf abzustellen, dass der der Verpächtergesellschaft zugefügte Schaden vorhersehbar war, es kommt vielmehr nur auf den objektiven Eintritt eines Schadens an. Eine Haftungsverpflichtung tritt nur dann nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Massnahme getroffen oder unterlassen haben würde (§ 317 Abs. II).

Neben dem herrschenden Unternehmen haften als Gesamtschuldner die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens, von dem die schädigende Weisung ausgegangen ist (§ 317 Abs. III).

- b Haftung des Vorstandes der Verpächterin Eine Haftung des Vorstandes der abhängigen Gesellschaft kann nur zum Zuge kommen, wenn ihm ein vorwerfbares Handeln zur Last zu legen ist. Das setzt aber voraus, dass er eine Möglichkeit haben muss, sich pflichtgemäss zu verhalten.

465) Vgl. Godin-Wilhelmi § 317 Anm. 2

Als Haftungsnorm kommt zunächst § 318 in Betracht. Danach haftet der Vorstand der abhängigen Gesellschaft dann, neben den nach § 317 Er-satzpflichtigen, wenn er es unterlassen hat, den nach § 312 erforderlichen Abhängigkeitsbe-richt ordnungsgemäss zu erstatten. § 318 wieder-holt die bereits nach § 93 allgemein für den Vorstand bestehende Verantwortlichkeit, alle ihm nach Gesetz und Satzung obliegenden Verpflich-tungen getreulich zu erfüllen, für den Fall des Abhängigkeitsberichts. Eine echte Erweiterung stellt § 318 also nur insoweit dar, als er aus der bereits bestehenden Haftung des Vorstandes eine gesamtschuldnerische Verpflichtung macht; denn nach § 420 BGB würde er nur als Teilschuld-ner haften. Auch die Literatur scheint der An-sicht zu sein, dass § 318 nur insoweit eigen-ständige Bedeutung zukommt ⁴⁶⁶⁾.

Für die Befolgung der schädigenden Anregung haf-tet er gem. § 93 Abs. II. Hierfür ist es erfor-derlich, dass der Vorstand den schädigenden Charakter der Einflussnahme erkennt. Wird ihm die Nachteiligkeit nicht deutlich, wobei an sein Erkenntnisvermögen allerdings der strenge Mass-stab des § 93 Abs. I zu legen ist, so bleibt er haftungsfrei ⁴⁶⁷⁾.

6. Zusammen-fassung

Es kann also festgehalten werden, dass mit dem Abschluss eines Pacht-Auftragsvertrages ein ähn-liches Ergebnis erzielt werden kann, wie mit dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages. Je-doch wird hierdurch dem herrschenden Unternehmen keine Leitungsmacht i.S. der Möglichkeit zur

466) Vgl. Godin-Wilhelmi § 318 Anm. 1

467) Vgl. Ausschussbericht bei Kropff S. 415

Erteilung schädigender Weisungen verliehen. Der Vorstand der Verpächter-A.G. ist zur Anwendung besonderer Sorgfalt aufgerufen, da es für ihn im Fall der schuldhaften Befolgung nachteiliger Anregungen keine dem § 310 Abs. III entsprechende Haftungsfreistellungsvorschrift gibt. Schädigende Einflussnahmen sind nur gegen Ausgleich (§ 311 Abs. I) möglich, dieser Ausgleich hat spätestens bis zum jeweiligen Jahresende zu erfolgen. Bei Verletzung dieser Vorschrift haftet das Pächterunternehmen gem. §§ 117, 317. Der Vorstand der Pächtergesellschaft ist gem. § 93 bzw., insoweit die Pflicht zur Erstellung des Abhängigkeitsberichts betroffen ist, gem. § 318 verantwortlich.

- V. Einflussnahmenmöglichkeit auf Grund tatsächlicher Verhältnisse Unter solchen Verhältnissen sollen Umstände verstanden werden, die zwar auch rechtlichen Ursprungs sein können, deren Zweck aber in erster Linie nicht auf die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die betreffende Gesellschaft gerichtet ist.

Beispielhaft sollen dabei folgende drei Fälle untersucht werden: eine A.G. ist bei einem anderen Unternehmen verschuldet; eine A.G. ist Lizenznehmerin eines anderen Unternehmens und eine A.G. steht in Geschäftsverbindung mit einem konkurrenzlosen Zulieferunternehmen oder ist umgekehrt als Zulieferantin von einem Grossunternehmer abhängig.

1. Die Abhängigkeit auf Grund eines Kreditverhältnisses Im Wirtschaftsleben geschieht es häufig, dass ein Unternehmen durch Verschuldung weitgehend in die Abhängigkeit von einem anderen Unternehmen gerät. Dies trifft in vergleichbarem Mass auch auf Unternehmen in der Form der A.G. zu ⁴⁶⁸⁾.

468) Vgl. Obermüller-Werner-Winden S. 170

Diese Art der Abhängigkeit wird in gleicher Weise als von §§ 17, 311 erfasst anzusehen sein⁴⁶⁹⁾; denn in dem Mass, in welchem die kreditnehmende A.G. auf den Kreditgeber angewiesen ist, wird sie geneigt sein, sich dessen Wünschen bei der Führung der eigenen Angelegenheiten zu fügen. Weiterhin wird mit steigender Verschuldung die Abhängigkeit auch insofern immer grösser, als es immer schwieriger werden wird, andere Kreditgeber für die Bereitstellung der notwendigen Mittel zu finden. Das gilt besonders, wenn es sich um kurzfristige Fremdmittel handelt.

Ein Unternehmen in der beschriebenen Gläubigerstellung wird auf der anderen Seite zu Recht an einer möglichst sachgemässen Verwaltung der von ihm zur Verfügung gestellten Mittel interessiert sein.

In Verfolgung dieser unternehmerischen Absichten wird die Gläubigerin an die Darlehnshingabe Bedingungen knüpfen, die letztlich auf eine weitgehende Einflussnahme auf die Geschäftsführung hinauslaufen. Als aktuelles Beispiel sei ein kreditsuchendes Montanunternehmen genannt, dem vom Kreditgeber die begehrten Mittel nur mit der Auflage bereitgestellt werden, sie zur notwendigen Umstellung der Produktion auf heutzutage gewinnträchtigere Industriezweige zu nutzen. Die Durchführung einer solchen Auflage wird der Kreditgeber bis in alle Einzelheiten überwachen. Er wird damit auf die Geschicke der Gesellschaft einen viel weitergehenden Einfluss nehmen, als es eine HV jemals könnte.

469) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 311 Anm. 2

Es fragt sich, ob diese Möglichkeit der Beeinflussung überhaupt als zulässig angesehen werden kann, zum anderen, ob bei ihrer Ausübung die Schranke des § 311 zu beachten ist.

Die Beantwortung der ersten Frage liegt auf der Hand: wollte man einem Kreditgeber seinem berechtigtem Interesse an der Art der Verwaltung der von ihm zur Verfügung gestellten Mittel den - Grundsatz der " Selbständigkeit der A.G. " - entgegenhalten, so hiesse das, die Kreditunwürdigkeit der A.G. zu institutionalisieren.

a: Die Nichtanwendbarkeit des § 311 trotz gegebener Abhängigkeit

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob der Kreditgeber die Schranke des § 311 zu beachten hat. Ein Abhängigkeitsverhältnis ist zweifellos gegeben, da in § 17 lediglich der herrschende Einfluss eines Unternehmens auf ein anderes vorausgesetzt wird, ohne dass im einzelnen irgendwelche die Abhängigkeit begründende Tatbestände aufgeführt werden. Das Gesetz folgt damit der vom RG ⁴⁷⁰⁾ aufgestellten Rechtsprechung, wonach nur Mittel nicht rein zufälliger oder vorübergehender Art vorhanden sein müssen, die es ermöglichen, auf ein Unternehmen einzuwirken. Zu solchen Mitteln rein zufälliger Art wird man den Tatbestand eines Lohnveredlungsauftrages zählen können, bei welchem dem Auftraggeber nur Einflussmöglichkeit beschränkt auf die Herstellung des betreffenden Produkts gegeben ist. Bei längerfristigen Kreditverhältnissen der geschilderten Art wird man häufig von einem Abhängigkeitsverhältnis sprechen können ⁴⁷¹⁾.

470) 167, 49 ff

471) Vgl. Godin-Wilhelmi, § 17 Anm. 2;
Baumbach-Hueck 1968, § 17 Anm. 2

Es ist durchaus der Fall denkbar, dass das kreditgewährende Unternehmen - insbesondere, wenn es sich um eine fremdes Geld ausleihende Bank handelt - es im Interesse einer notleidend werdenden Forderung für nötig hält, Massnahmen anzuordnen, die sich für die abhängige A.G. als äusserst nachteilig herausstellen. Sollen solche Einflussnahmen nur gegen Ausgleich möglich sein ? Das hiesse wohl, den Kreditgeber zwingen, schlechtem Geld auch noch gutes nachzuschliessen.

Es muss also festgestellt werden, dass die Geltendmachung von vertraglich begründeten Rechtsansprüchen - also auch die Fälligestellung und vorzeitige Zurückziehung von Krediten im Fall der wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Schuldnergesellschaft, auch wenn es sich bei dieser um eine A.G. handelt, nicht zu den nachteiligen Veranlassungen im Sinne von § 311 zählt. Es handelt sich dabei in Ansehung der Verhältnisse von Kreditnehmer zu Kreditgeber um ein reines Aussengeschäft, insoweit, als es die den § 311 interessierende innere Entscheidungsgewalt der Gesellschaft unberührt lässt.

Wie ist aber zu entscheiden, wenn durch eine bereits eingetretene Vermögensverschlechterung die Abdeckung des Kredits ausgeschlossen erscheint und der Gläubiger nunmehr " die Angelegenheit selbst in die Hand nimmt ", wenn er also von seiner faktischen Leitungsmacht Gebrauch macht, um bei einer Sanierung des abhängigen Unternehmens selbst befriedigt werden zu können ? In einer solchen Situation sind durchaus Einflussnahmen denkbar, welche für die auf langfri-

stiger Ebene denkende Schuldnergesellschaft nachteilig sind, die aber für die an die Einziehung ihrer Forderung interessierte Gläubigersgesellschaft von entscheidendem Nutzen sein können.

Nach der Rechtslage des § 101 Abs. 3 AktG 1937 wäre die Antwort einfach gewesen: durch die Ausübung eines so beschriebenen Einflusses hätte das herrschende Unternehmen "schutzwürdige Belange" verfolgt und somit rechtmässig gehandelt. Es konnte nämlich nicht verlangt werden, dass eigene berechnigte Interessen gegenüber dem Wohl der Gesellschaft und ihrer Aktionäre zurückzutreten hatten ⁴⁷²⁾.

Die herrschende Lehre zu § 311 ⁴⁷³⁾ steht nun auf dem Standpunkt, dass die Berufung auf schutzwürdige Belange zur Rechtfertigung einer benachteiligenden Veranlassung dann verwehrt sein soll, wenn das Interesse, für welches der Schutz in Anspruch genommen wird, das Konzerninteresse oder das Interesse eines einzelnen Konzernmitgliedes sei ⁴⁷⁴⁾. Dies jedenfalls solange, als aussenstehende Aktionäre an der Gesellschaft beteiligt seien. Im hier zur Untersuchung stehenden Fall sind aber miteinander kollidierende Aktionärsinteressen nicht ersichtlich; denn der Kreditgeber wird sich, jedenfalls in der Regel, nicht an der Schuldner-A.G. beteiligen. Die dargestellte herrschende Ansicht erklärt sich aus der Tatsache, dass § 101 Abs. III AktG 1937 allgemein als die Konzernprivilegierungsvorschrift aufgefasst wurde, derer es nach Inkrafttreten der eingehenden Regelungen des

⁴⁷²⁾ Vgl. Schlegelberger-Quassowski, § 101 Anm. 9

⁴⁷³⁾ Vgl. RegE Kropff S. 407

⁴⁷⁴⁾ Vgl. Godin-Wilhelmi § 311 Anm. 2

3. Buches des AktG 1965 nicht mehr bedurft hätte.

Ein Konzern liegt jedoch im geschilderten Beispiel nicht vor.

Um zu einem gerechten Ergebnis zu kommen, muss man auch im Rahmen des geltenden § 311 die Wahrung schutzwürdiger Belange anerkennen, wenn schädlicher Einfluss auf eine abhängige A.G. ausgeübt wird:

ein Hinweis hierfür ist auch § 312 zu entnehmen. Wenn diese Vorschrift von der Berichtspflicht des Vorstandes hinsichtlich solcher Geschäfte spricht, die auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens vorgenommen worden sind, so folgt daraus, dass das Gesetz, wenn es von Leistung und Gegenleistung spricht, deren erzwungene Unausgeglichenheit vermeiden wollte, dass also der Vorteil einer solchen " ungerechten Transaktion " nicht jemandem zufließen sollte, der ihn nach Ansicht aller gerecht und billig Denkenden unter normalen Umständen - also wenn kein Abhängigkeitsverhältnis bestünde - nicht genießen sollte.

Es wird also in §§ 311, 312 ein Ausfluss des die gesamte Rechtsordnung beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben zu sehen sein. Diese Auslegung wird erhärtet durch die Rechtsprechung des RG ⁴⁷⁵⁾, das die Ausübung von Herrschaftsmacht - gleich welcher Art - an dem Überschreiten der Grenze der Sittenwidrigkeit hinderte.

So gesehen kann eine nachteilige Veranlassung eines kreditgebenden Unternehmens - z.B. die er-

475) 112, 98; 113, 196

zwungene Veräusserung eines Anlagegutes unter Preis zum Zweck der Sanierung - auch dann nicht sittenwidrig, also gegen § 311 verstossend, sein, wenn die Massnahme auf lange Sicht betrachtet sich zum Schaden der abhängigen Schuldner-AG. auswirkt.

Mangels Vorliegens eines Tatbestandes des § 311 würde auch eine Haftung der herrschenden Gesellschaft aus §§ 117, 317 entfallen.

Die Verantwortlichkeit des Vorstandes der "tatsächlich" abhängigen A.G.

Die Frage, ob der Vorstand der somit abhängigen Gesellschaft einer Haftung ausgesetzt ist, muss unabhängig davon beantwortet werden, ob das einflussnehmende Unternehmen eine Haftung trifft.

Es wäre nun aber ungerecht, den die schädigende Weisung befolgenden Vorstand gem. § 93 Abs. II in Anspruch zu nehmen.

Eine Haftung würde nicht deshalb entfallen, weil für den Vorstand eine Art Rechtfertigungsgrund bestünde: eine den § 310 Abs. III entsprechende Regelung fehlt beim Nichtvorliegen eines Beherrschungsvertrages. Eine Verantwortlichkeit würde vielmehr deshalb entfallen, weil der Tatbestand des § 93 Abs. II nicht verwirklicht ist: wenn der Vorstand sich der genannten schädigenden Einflussnahme beugt, so arbeitet er gerade - wie es gem. § 93 Abs. I seine Pflicht ist - zum Wohle der Gesellschaft; denn die Alternative würde - insoweit wird der Modellfall weiter modifiziert - infolge Rückziehung des für die Gesellschaft lebensnotwendigen Kredits den wirtschaftlichen Zusammenbruch der A.G. bedeuten.

Selbstverständlich sind Grenzfälle denkbar, bei denen sich für die A.G. die Zurückziehung des Kredits als das " kleinere Übel " darstellt. In diesem Fall würde der Vorstand mit allen sich ergebenden haftungsrechtlichen Konsequenzen pflichtwidrig handeln, wenn er dem Begehren des Kreditgebers nachkommen würde.

Es kann also gefolgert werden, dass bei Vorliegen eines eine Abhängigkeit begründenden Kreditverhältnisses dem Kreditgeber eine weitgehende Einflussnahmemöglichkeit zustehen kann, der sich der Vorstand nicht zu erwehren imstande ist.

c Die Grenze der Einflussnahme-
ergebnis des
Kreditgebers

Unzulässig wird eine Beeinflussung durch den Kreditgeber i.S. vom § 311, wenn der " Kredithebel " zu anderen als den genannten schutzwürdigen Belangen angesetzt wird. Das ist in aller Regel dann der Fall, wenn der Kreditgeber über sein Kreditschutzinteresse hinaus Unternehmenspolitik betreibt - also wenn er etwa in Verfolgung anderer wirtschaftlicher Interessen das abhängige Unternehmen zum Abschluss von belastenden Verträgen oder Fusionen zwingt. Heranzuziehen ist hier die Rechtsprechung der Sittenwidrigkeit der Zweck/Mittelkombination beim Tatbestand des § 240 StGB.

In einem solchen Fall wird der Vorstand der abhängigen Gesellschaft nicht gem. § 93 Abs. II mitverantwortlich; er hat vielmehr wiederum die Prüfung anzustellen, ob das Nachgeben gegenüber dem nichtgerechtfertigten Verlangen des Kreditgebers für die A.G. das kleinere Übel ist. Ist dies der Fall, so handelt es sich um eine

Entscheidung zum Wohl der Gesellschaft.

Es wird nicht verkannt, dass die hier vertretene Ansicht auf praktische Schwierigkeiten stösst; denn die vom Vorstand anzustellende Prüfung verlangt als theoretischen Ausgangspunkt die Rekonstruktion des Zustandes, der bei Nichtbestehen des Abhängigkeitsverhältnisses vorgelegen haben würde. Der Vorstand muss ggf. genau auszuführen imstande sein, in welcher Richtung er sich bei Nichtbestehen des Abhängigkeitsverhältnisses entschieden haben würde.

Das mag bezogen auf ein einzelnes Geschäft leicht möglich sein. Schwierigkeiten treten dort auf, wo sich über die Dauer einer längeren Geschäftsperiode hin auf den Vorstand stets ein " sanfter Druck " ausgeübt hat. Die hypothetische Rekonstruktion eines unabhängigen Status wird in solchen Fällen dazu führen, dass der Vorstand einen praktisch auf imaginären Ausgangspunkten aufbauenden Geschäftsbericht aufstellt ⁴⁷⁶⁾. Dies ist nicht zu verwechseln mit dem Abhängigkeitsbericht gem. § 312, in dem lediglich alle Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft im vergangenen Geschäftsjahr mit dem herrschenden Unternehmen oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen vorgenommen hat, aufzuführen sind. Nicht aus dem Abhängigkeitsbericht geht hervor, wie sich der Vorstand bei Unabhängigkeit seiner Gesellschaft verhalten haben würde.

Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass das herrschende Unternehmen geneigt sein wird,

476) Mestmäcker S. 178 hält das - zumindest für die aaO behandelte amerikanische Rechtslage für unmöglich

seinen Einfluss zur Unterbindung der Erstellung eines Abhängigkeitsberichts zu nutzen. Dabei kann im Fall der Abhängigkeit aufgrund eines Kreditverhältnisses der Vorstand durchaus in entschuldbarer Weise einem solchen Verlangen nachkommen, nämlich dann, wenn die vom Kreditgeber angedrohten Sanktionen sich als besonders schädlich für die A.G. herausstellen würden. Insoweit bedarf § 318 einer einschränkenden Auslegung.

d Ein Nichtunternehmen als Kreditgeber

Wird in dem vorgezeigten Umfang ein Kredit von einem Nichtunternehmen gewährt, so stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 311.

Für den Abschluss von Unternehmensverträgen wurde grundsätzlich Unternehmensqualität verlangt. Es fragt sich, ob dieselben Gesichtspunkte auch hier entscheidend sein müssen. Würdinger⁴⁷⁷⁾ steht auf dem Standpunkt, dass bei Fehlen der Unternehmereigenschaft die §§ 311 ff nicht anwendbar seien, da insofern § 117 hinreichenden Schutz gewähre. Ebenso scheinen Godin-Wilhelmi⁴⁷⁸⁾ zu entscheiden, wenn sie ausdrücklich darauf hinweisen, dass das Gesetz im § 311 ff immer nur von " Unternehmen " spreche.

Den Ansatzpunkt für die Lösung liefert § 311 selbst: er verbietet nicht schlechthin jede schädigende Art der Einflussnahme, sondern er untersagt nur diejenige, welche ohne Ausgleich erfolgt. Hierbei hat der Gesetzgeber - wie sich aus der Formulierung des § 312 ergibt - in erster Linie an schädigende Austauschgeschäfte gedacht. Solche sind aber in aller Re-

477) S. 309

478) Vorbem. vor § 311

gel - insbesondere bei dem hier vertretenen Unternehmensbegriff ⁴⁷⁹⁾ - zwischen Unternehmen vorstellbar.

Den Fall, dass ein Einzelgläubiger seinen Einfluss dahingehend ausnutzt, dass eine A.G. mit ihm eine für sie schädliche Verfügung trifft, behandelt § 117 in der Tat hinreichend ⁴⁸⁰⁾. Auch die Beschränkung auf die in § 117 Abs. I genannten Personen ist unschädlich; denn der genannte Einfluss wird nur gegenüber denjenigen geltend gemacht werden, die für das betreffende Geschäft die erforderlichen Vollmachten haben ⁴⁸¹⁾.

Zum Schaden der A.G. darf auch der Privatgläubiger seinen Einfluss nur geltend machen; wenn er damit berechnigte Interessen im oben ⁴⁸²⁾ dargelegten Sinn verfolgt. Der Gedanke des § 101 Abs. III AktG 1937 ist also auch insoweit in § 117 hineinzuzinterpretieren.

Eine Berichtspflicht über die Beziehungen zu dem einflussnehmenden Nichtunternehmer obliegt dem Vorstand ggf. gem. § 90 Abs. I Ziff. 4.

2. Lizenzverhältnis als Abhängigkeit begründender Umstand

Als weitere Variante einer auf tatsächlichen Gegebenheiten beruhenden Abhängigkeit ist ein Patent- oder Lizenzverhältnis zu nennen. Wenn Ritter ⁴⁸³⁾ ein Lizenzverhältnis als für die Begründung einer Abhängigkeit untauglich ansieht, so lässt er ausser acht, dass es einer jedenfalls heutzutage im Wirtschaftsleben weit-

479) Vgl. oben S. 26 ff

480) Vgl. Fussn. 477

481) Vgl. Godin-Wilhelmi § 117 Anm. 1 + 2

482) Vgl. S. 195 ff

483) § 15 Anm. 4

gehend geübten Gepflogenheit entspricht, wenn Lizenzgeber weitgehend auf die Geschicke des Lizenznehmerunternehmens Einfluss nehmen. Soweit dies aufgrund vertraglicher Abmachungen erfolgt, müssen diese Vereinbarungen ggf. den Erfordernissen des Beherrschungsvertrags entsprechen.

Aber auch ohne vertragliche Abmachung kann allein mit dem Mittel der Lizenzkündigung ein so weitgehender Einfluss auf den Lizenznehmer ausgeübt werden, dass sich dessen Geschäftsführung - dabei oft zum Wohl des eigenen Unternehmens handelnd, also den Weg des "kleineren Übels" gehend, den Wünschen des Lizenzgebers beugt.

Für die Ausübung derartigen Drucks bzw. für die Frage seiner Rechtmässigkeit ist wiederum entscheidend, welche Zwecke verfolgt werden: sollen "schutzwürdige Interessen" verfolgt werden, also etwa das Interesse an einer möglichst wirtschaftlichen Ausnutzung des Patents, so wird man auch - im Fall der A.G. - der Gesellschaft schädigende Einflüsse ohne Ausgleich zulassen müssen. Erweist sich die Zweck/Mittelkombination als sittenwidrig - wofür bei einer Abhängigkeit im hier untersuchten Sinn eine Vermutung sprechen dürfte, da das Interesse des Lizenzgebers an der Geschäftsführung nicht so auf der Hand liegt, wie das eines Kreditgebers -, so darf von einem Unternehmen nur gegen Ausgleich, von einem Privatmann niemals, Druck ausgeübt werden.

3. Zulieferungs- Entsprechendes gilt dann, wenn einem Unternehmen
monopol als gegenüber einer A.G. eine Monopolstellung in der
Abhängigkeit Rohstoffbelieferung gegeben ist. Es kann keinem
begründender Zweifel unterliegen, dass mit der Drohung eines
Umstand Belieferungsstops ein unmittelbarer Einfluss auf

die Geschäftsführung ausgeübt werden kann ⁴⁸⁴⁾. Die Schranken dieses Einflusses sind nicht dem GWB zu entnehmen, welches das alleinige Ziel der Erhaltung des Wettbewerbs verfolgt, sondern wiederum der Feststellung, ob eine entsprechende Veranlassung sich nicht in ihrer Kombination von Zweck und Mittel als sittenanstössig erweist.

4. Zusammenfassung

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die aktienverfassungsrechtlichen Beeinflussungsmöglichkeiten begrenzt sind.

Von wesentlich grösserer Bedeutung sind die tatsächlichen Beziehungen der mannigfaltigsten Art, die geeignet sind, einen Vorstand der A.G. wider seinen Willen zu bestimmten Geschäftsführungsmassnahmen anzuhalten.

Es sind dies Einflüsse, denen ein jeder, der am Wirtschaftsleben teilnimmt, unterworfen ist. Sie sind insbesondere nicht der Struktur der A.G. eigentümlich - sie können sich ebenso gegen den Einzelkaufmann wie die Personalgesellschaft wenden. Für die A.G. ist bedeutsam, dass ihr Vorstand, will er sich nicht ersatzpflichtig gem. § 93 Abs. II machen, aufgrund seiner oben festgestellten Treuhandstellung ⁴⁸⁵⁾ jeweils genau die Massnahme treffen muss, die dem Wohl der A.G. am ehesten entspricht.

Man kommt so zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass der Vorstand, der einer "Anregung" seines Mehrheitsaktionärs zum Schaden der Gesellschaft nachkommt, sich stets ersatzpflichtig macht, da er

484) Vgl. Godin-Wilhelmi § 17 Anm. 2

485) Oben S. 144 ff

keinen " gesetzmässigen " Beschluss seiner HV ausführt. Trifft er die gleiche Massnahme aufgrund eines auf ihn etwa durch einen Zulieferanten ausgeübten Drucks, so bleibt er haftungsfrei, wenn die Verwirklichung des Druckmittels - also die Einstellung der Belieferung - sich für die Gesellschafter als unangenehmer herausstellen würde.

V. Der Gleich-
ordnungs-
konzern

Bei den bisher behandelten Erscheinungsformen fremder Einflussnahmemöglichkeiten auf die Geschäftsführung von A.G.en wurde der Fall nicht behandelt, dass sich mehrere Gesellschaften unter eine einheitliche Leitung stellen, um nach aussen hin vereint aufzutreten ⁴⁸⁶⁾.

Die Gründe, welche zu einem derartigen Verhalten Veranlassung sein können, sind verschiedenartig, liegen aber durchweg im ökonomischen Bereich: so mag der Wunsch, durch Zusammenfassung des Angebots oder der Nachfrage auf dem Markt eine bessere Position zu erlangen, beispielhaft als eine der vorstellbaren Triebfedern herausgestellt werden.

Das Gesetz erwähnt diese Zusammenschlüsse mehr als es sie regelt: so bestimmt § 18 Abs. II, dass rechtlich selbständige Unternehmen, die sich unter eine einheitliche Leitung stellen, ohne voneinander abhängig zu sein, einen Konzern bilden. § 292 Abs. II bestimmt, dass der Vertrag, der einer solchen Zusammenfassung zur Grundlage dient, kein Beherrschungsvertrag ist.

Die Begründung des RegE ⁴⁸⁷⁾ nimmt den Fall, dass sich zwei oder mehrere Unternehmen freiwillig

486) Vgl. Friedländer S. 116 ff

487) Vgl. Kropff S. 377

unter eine einheitliche Leitung stellen, deshalb aus der Kategorie der Beherrschungsverträge heraus, weil die Vertragspartner jeweils an der Willensbildung des neugegründeten Leitungsinstitutes beteiligt seien und weil deshalb keinem Unternehmen die mit dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages verbundenen Gefahren drohen.

Ob diese Begründung stichhaltig ist, kann erst gesagt werden, wenn klargelegt ist, wie in der Praxis die einheitliche Leitung i.S. der §§ 18 Abs. II und 291 Abs. II aussehen kann.

1. Vorstandsgemeinschaft

Einmal ist hier an die Möglichkeit eines Gesamtvorstandes zu denken. Hierunter versteht man, wenn sich die Vorstände zweier Unternehmen als voll berechnigte Vorstandsmitglieder im jeweiligen anderen Unternehmen befinden.

Um der Freiwilligkeit eines derartigen Zusammenschlusses sinnfälligeren Ausdruck zu verleihen, wäre anstelle von Gesamtvorstand der Ausdruck "Vorstandsgemeinschaft" vorzuziehen. Hierdurch würde auch vermieden, dass der falsche Eindruck entsteht, über dem "Normalvorstand" befinde sich noch ein weiteres, zur endgültigen Entscheidung berufenes Organ.

Die gesetzgeberische Begründung für die Ausnahme des Gleichordnungskonzerns aus den Regelungen, die für den Beherrschungsvertrag gelten ⁴⁸⁸⁾, überzeugt jedoch dann nicht mehr, wenn sich zwei wirtschaftlich ungleichgewichtige Unternehmen zu einer Vorstandsgemeinschaft zusammenschließen: es würde aller Lebenserfahrung widersprechen, wenn der stärkere Partner dem schwächeren die paritätische Besetzung der Vorstandsgemeinschaft ge-

488) Vgl. Fussn. 487

statten würde. Sicherlich würde die Zusammensetzung der gemeinschaftlichen Leitungsinsitution eine spiegelbildmässige Wiedergabe der wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse der beteiligten Unternehmen abgeben. Wahrscheinlich würde man nach parlamentarischem Brauch durch Anwendung des D'Hondt'schen Zählverfahrens eine wirtschaftlich " gerechtfertigte " Zusammensetzung zu erreichen suchen.

Wenn nun - unterstellt bei den beteiligten Unternehmen handele es sich sämtlich um A.G.en - mit Bildung der Vorstandsgemeinschaft jedes einzelne Vorstandsmitglied der beteiligten A.G.en in den Vorstand einer jeden A.G. berufen wird, - nur auf diese Weise ist die einheitliche Leitung zu erreichen -, so kann es durchaus vorkommen, dass die aus der wirtschaftlich schwächsten A.G. stammenden Vorstandsmitglieder wegen ihrer daraus resultierenden zahlenmässigen Unterlegenheit majorisiert werden. Es entspricht dabei nur wirtschaftlich vernünftigem Denken, wenn man unterstellt, dass eine derartige Überstimmung immer dann vorkommen wird, wenn die Interessen des oder der wirtschaftlich stärkeren Gesellschaft(en) überwiegen.

Wie sollen in einem derartigen Fall, besonders, da nach der Begründung zum RegE⁴⁸⁹⁾ die Gründung eines Gleichordnungskonzerns nicht einmal der Zustimmung der beteiligten HVen bedarf, - für die Bestellung der Vorstandsmitglieder genügen gem. § 84 Abs. I die entsprechenden Berufsakte durch den AR - die Pflichten der beteiligten Vorstandsmitglieder aussehen ?

Eine Lösung könnte darin gesehen werden, dass bei den ohne Zweifel auftretenden Konflikten die Vor-

489) Vgl. Kropff S. 377

standsmitglieder nur solche Entscheidungen treffen, die alle beteiligten A.G.en gleichermassen begünstigen. Da das im Wirtschaftsleben oftmals nicht möglich sein wird, wäre die Vorstands-gemeinschaft zum permanenten Kompromiss verurteilt. Das wiederum kann ökonomisch vernünftige Massnahmen ggf. unmöglich machen; denn wie auch der Gesetzgeber für den Unterordnungskonzern durch die Institute der Eingliederung und des Beherrschungsvertrages anerkennt, kann es im Interesse des Konzerns durchaus sinnvoll sein, Entscheidungen zu treffen, die sich zu Lasten eines Konzernunternehmens auswirken. Würde man also starr am Grundsatz des § 93 festhalten und als äusserstes Kompromissentscheidungen zulassen, so erführe der Gleichordnungskonzern gegenüber dem Unterordnungskonzern eine entscheidende Benachteiligung.

Die aufgezeigten Schwierigkeiten würden nicht auftreten, wenn gleichzeitig mit der Vorstands-gemeinschaft eine Gewinnpoolung i.S. eines Gewinn-gemeinschaftsvertrages vereinbart würde, so dass schädigende Einflussnahmen zu Lasten einer Konzern-gesellschaft spätestens mit der Gewinnverteilung als ausgeglichen angesehen werden könnten. Man spricht bei einer derartigen Kombination von Gleichordnungskonzern und Gewinn-gemeinschaft allgemein von Interessengemeinschaft (I.G.)⁴⁹⁰⁾.

Es ist jedoch auch eine andere Lösungsmöglichkeit denkbar: unter Verzicht auf eine Gewinnabführungsvereinbarung könnte in dem Vertrag, durch welchen der Gleichordnungskonzern gegründet wird, bestimmt werden, dass schädigende Einflussnahmen auszugleichen sind. Das Ausgleichselement ist das

490) Vgl. Rasch § 78; Godin-Wilhelmi § 291 Anm. 2

tragende Grundprinzip einer jeden Konzentrierung⁴⁹¹⁾.

Nicht angewandt werden kann § 311 mit seiner Ausgleichsverpflichtung, weil es kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 292 Abs. II) am Tatbestandsmerkmal der Abhängigkeit fehlt. Des weiteren hat § 311 ersichtlich den Fall im Auge, dass ein herrschendes Unternehmen in Verfolgung seiner unternehmerischen Interessen einer abhängigen A.G. Schaden zufügt, für eine analoge Anwendung würde es also an einem gemeinsamen Ausgangspunkt fehlen.

Kommt es bei einem durch Vorstandsgemeinschaft gebildeten Gleichordnungskonzern zu einer Schadenszufügung, so wirkt sich diese letztlich wegen des Verlustausgleichs nicht aus. Die Nachteilszufügung muss sich aber im Rahmen dessen halten, was das gemeinsame Interesse gebietet. Ein derartiges Interesse wird in der Gesetzessprache zu meist mit " schutzwürdigen Belangen " (vgl. § 101 Abs. III AktG 1937) umschrieben.

Angesichts des offensichtlichen Wunsches nach Perfektionierung des Gesetzgebers von 1965 erscheint es unerfindlich, aus welchem Grund man auf eine nähere Regelung des Gleichordnungskonzerns verzichten zu können glaubte. Jedoch ist es möglich, unter Zuhilfenahme der Institute der Gewinngemeinschaft und der Ausgleichsverpflichtung zu in der Praxis befriedigenden Ergebnissen zu kommen.

491) Vgl. Filbinger S. 78; Hueck in RG-Praxis IV S. 175 Anm. 20; S. 179, S. 180 Anm. 34

2. Leitungs-GmbH

Ähnliche Probleme ergeben sich, wenn sich die gleichordnungswilligen A.G.en einer von ihnen gemeinsam gegründeten Verwaltungsgesellschaft - etwa einer GmbH - unterstellen.

Sollte - wie es auch hier der Regelfall sein dürfte - eine wirtschaftliche Ungleichgewichtigkeit der Beteiligten vorliegen, so müssen dennoch, wenn eine ökonomisch sinnvolle Leitung der konzernierten Unternehmen gewährleistet sein soll, auch Weisungen möglich sein, die im Einzelfall einem der angeschlossenen Unternehmen schaden. Da in der Verwaltungsgesellschaft nicht notwendig als Geschäftsführer die Vorstandsmitglieder der beteiligten A.G.en fungieren, würde die Erteilung derartig schädlicher Weisungen nicht - wie im Fall der Vorstandsgemeinschaft - eine Konfliktsituation heraufbeschwören, in welcher gegen aktienrechtliche Grundsätze verstossen werden könnte. Hingegen kann sich die Gründung einer derartigen GmbH für die beteiligten Vorstände als Verletzung der ihnen aus § 93 obliegenden Verpflichtungen darstellen. Durch den aus dieser Vorschrift folgenden Zwang erscheint gewährleistet, dass bei der Gründung einer Leitungs-GmbH Vereinbarungen getroffen werden, derzufolge Schäden, die durch die Befolgung von Weisungen entstehen können, ausgeglichen werden. Zweckmässigerweise würde man diese Verpflichtung in die Statuten der GmbH aufnehmen.

Dieser Konstruktion steht auch nicht der Gedanke der " Selbständigkeit der juristischen Person " entgegen, den Fischer ⁴⁹²⁾ stark in den Vordergrund rückt, wenn er ausführt, der Gesetzgeber habe sich zum Prinzip der " freitragend konstru-

⁴⁹²⁾ AcP 154, 112

ierten A.G. " bekannt. Wenn überhaupt ein absoluter Begriff einer solchen Selbständigkeit anzuerkennen ist ⁴⁹³⁾, so nur in dem Sinn, dass die A.G. durch ihre eigenen Organe handeln muss ⁴⁹⁴⁾. Dem so verstandenen Begriff der Selbständigkeit ist es unschädlich, dass die Gesellschaftsorgane die Impulse für ihr jeweiliges Handeln von einer Institution ausserhalb der Gesellschaft erhalten. Dies hat gesetzliche Anerkennung in der Möglichkeit zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages und zur Vornahme einer Eingliederung gefunden, wo der eigentliche Wille der A.G. auch von einer ausserhalb liegenden Stelle gebildet wird. Dieser Wille bedarf aber, um dem aktienrechtlichen Organisationsschema gerecht zu werden, der " Umsetzung " durch den Vorstand in gesellschaftseigenen Willen. Sieht man, wie es Fischer ⁴⁹⁵⁾ wohl tut, in der Selbständigkeit der A.G. das Selbstverwaltungsrecht, so kann als gesetzliches Prinzip herausgestellt werden, dass der A.G. zwar ein formelles, nicht aber ein materielles Selbstverwaltungsrecht zusteht.

Vom Standpunkt der " Selbständigkeit der juristischen Person " oder des " Selbstverwaltungsrechts " der A.G. bestehen also keine Bedenken gegen die freiwillige Unterstellung der Gesellschaft unter eine Leitungs-GmbH, dies umso weniger, als der mit der Aufstellung des aktienrechtlichen Organisationsschema vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutzzweck ⁴⁹⁶⁾ nicht gefährdet wird.

493) Friedländer S. 41

494) Vgl. RG 3, 129 ff, wo zu Recht das Fehlen eines Vorstandes gerügt wurde

495) aaO

496) Vgl. Mestmäcker S. 120 in Anlehnung an das Urteil zum rumänischen Eisenbahnfall, vgl. RG 3, 129 ff

Lebenslauf

Am 12. Mai 1938 wurde ich als Sohn des damaligen Bankdirektors Gottfried Meulenbergh und seiner Ehefrau Edith geb. Ebert in Berlin geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach bestandener Reifeprüfung am humanistischen Dilthey-Gymnasium in Wiesbaden am 24. 2. 1958 studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Lausanne/Schweiz (2 Semester), München (2 Semester) und Bonn (3 Semester).

Im Oktober 1962 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Köln. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich im Termin 1966 II vor dem Justizprüfungsamt bei dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz. Im Sommer-Semester 1967 war ich für einige Monate als Verwalter einer planmässigen Assistentenstelle an den Instituten für Genossenschaftswesen und für Berg- und Energierecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster tätig. Im Anschluss daran arbeitete ich für 1 Jahr zur Abrundung meiner wirtschaftlichen Kenntnisse bei der Niederlassung einer Grossbank in München. Seit Februar 1969 bin ich als Rechtsanwalt beim Landgericht in Frankfurt am Main zugelassen und gehöre einer auf Wirtschafts- und Steuerrecht spezialisierten Kanzlei als Junior-Partner an.

Walter Fritzen Jr.

